



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**SUMARIO –APELACION PROVIDENCIA- PROMOVIDO POR
MARIA ISABEL PEÑA CONTRA FAMISANAR EPS.**

EXPEDIENTE N° 11001 2205 000 2023 01387 01

Bogotá D. C., Veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por Famisanar EPS contra el fallo proferido el 28 de septiembre de 2023, por la Superintendencia Nacional de Salud – Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación-, en el que se accedió al reembolso de gastos médicos por valor de \$6.000.000.

El recurso de apelación tiene por objeto que se revoque la decisión y en su lugar se absuelva a la EPS Famisanar de las condenas impuestas.

I. OBJETO DE LA ACCIÓN

La demandante pretendió que se ordenara a Famisanar EPS, el reconocimiento y pago de la suma de \$6.010.000 por concepto de los gastos en que incurrió por los procedimientos de vitrectomía posterior más pelaje de membrana, más aceite de silicón endolaser ojo izquierdo.

Fundamento sus pretensiones, en síntesis y para lo que interesa al proceso, en que el 22 de noviembre de 2022, mediante médico particular fue diagnosticada con desprendimiento retinal superior amplio con pigmento vitreo abundante; que ante el crítico diagnóstico, le fue practicado el procedimiento quirúrgico mencionado el 24 de noviembre de 2021; que por la intervención mencionada debió cancelar la suma de \$6.010.000 y que el 16 de diciembre de 2021, radicó solicitud de reembolso.

II. RESPUESTA DE FAMISANAR EPS

La demandada sostuvo que se oponía a las pretensiones con fundamento en que se encuentran demostradas las condiciones contempladas por la norma para la procedencia del reembolso, pues no se observó atención de urgencias, no se presentó autorización de la EPS y tampoco se evidenció incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia

demostrada por parte de Eps Famisanar, ya que se habían garantizado en debida forma todos los servicios ordenados en favor de la usuaria que fueron debidamente solicitados a través de los canales dispuestos para ello, no obstante, la demandante en forma libre y voluntaria decidió tomar los servicios de forma particular. Propuso las excepciones de: no o procedencia del reconocimiento económico de los gastos sufragados de manera particular por no cumplimiento de los requisitos de ley, inexistencia de vulneración al derecho fundamental a la salud, buena fe y excepción genérica.

III. DECISIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA

La Superintendencia Delegada para la función Jurisdiccional y de Conciliación, accedió parcialmente a las pretensiones planteadas, esto es, a lo relativo al valor de \$6.000.000 correspondiente a los gastos demostrados (procedimiento realizado y los honorarios médicos), lo anterior, en atención a que la actora para el momento de los hechos contaba con 60 años de edad y de la historia clínica y demás pruebas allegadas podía colegirse que la demandante presentaba un cuadro clínico que representaba una urgencia oftalmológica dado que podría conducir a una ceguera parcial o total y pérdida del globo ocular y no había razón válida para que la entidad aseguradora hubiese retardado o dilatado injustificadamente la autorización, programación y práctica de la atención requerida por el paciente para tratar sus patologías visuales, para preservar su buena visión, hecho que, sin duda, constituye una mala prestación del servicio por parte de la EPS.

IV. RECURSO DE IMPUGNACIÓN

Famisanar EPS, impugnó la decisión, en la que aludió que en este caso no se tuvo en cuenta que realizó todas las acciones administrativas para la consecuencia de las citas requeridas de acuerdo con la disponibilidad de agenda de la IPS, por lo cual, no se podía imputar negligencia y/o mala fe a EPS FAMISANAR, siendo que en los soportes se evidenciaba orden del 22 de noviembre de 2021 con diagnóstico de desprendimiento de retina OI por médico particular para la valoración "URGENTE" por retinología, sin embargo no se evidenciaba solicitud de los servicios por los canales de la EPS para el requerimiento de la atención y/o el procedimiento quirúrgico, tampoco acceso por urgencias para la atención médica dentro de la red contratada, por lo que no se cumplían ninguna de las condiciones contempladas por la norma para la procedencia del reembolso.

V. CONSIDERACIONES

Para resolver lo planteado en el recurso de apelación interpuesto por Famisanar EPS, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 y el artículo 14 de la Resolución N° 5261 de 1994 *“Por la cual se establece el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud”*, el reconocimiento de reembolsos por gastos de servicios de salud procede en los siguientes casos:

1. Por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una Institución Prestadora de Servicios de Salud (IPS) que no tenga contrato con la respectiva Entidad Promotora de Salud (EPS) o entidades que se le asimilen.
2. Cuando el usuario haya sido expresamente autorizado por la Entidad Promotora de Salud (EPS) o entidades que se le asimilen para una atención específica.
3. **En los eventos de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud o entidades que se le asimilen para cubrir las obligaciones para con sus usuarios.** (Subrayas fuera de texto)

Así mismo, se tiene que para el reconocimiento de dichos reembolsos se requiere: i) que la solicitud se realice en los quince (15) días siguientes al alta del paciente y ii) adjuntar original de las facturas, certificación por un médico de la ocurrencia del hecho y de sus características y copia de la historia clínica del paciente.

Al respecto, debe señalarse que si bien la Resolución No. 5261 de 1994, contempla un término para presentar la solicitud de reembolso, dicho plazo corresponde al término con el que cuentan los afiliados para adelantar el trámite administrativo de su solicitud ante la entidad, razón por la cual el no cumplimiento del mismo, no puede tener como consecuencia la pérdida del derecho del usuario a obtener el

Precisando lo anterior, se tiene que la Superintendencia Nacional de Salud accedió al reembolso de la suma reclamada teniendo como fundamento un actuar negligente frente a la atención de la urgencia oftalmológica que presentó la demandante por desprendimiento de la retina, aspecto que controvierte la EPS al señalar que la misma fue realizada de manera particular por el demandante siendo que no se evidenciaba solicitud de los servicios por los canales de la EPS, ni atención por urgencias.

Órdenes Clínicas								
Fecha		Hora						
23/12/2021		8:00:00						
Código	Descripción de la prestación	Responsable	Especialidad	Prioridad	Unidad organizativa de solicitud	Estatus	Fecha del estatus	Motivo del estatus
890202-2	CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR OFTALMOLOGIA	RODRIGUEZ, TATIANA	MEDICINA GENERAL	No Prioritaria	65UTMGPR	Cargado	24/12/2021	
Justificación:								
CONTROL CON LABORATORIOS VALROAICON OFTALMOLOGIA								

En la evolución interconsulta expedida por la sociedad de cirugía ocular, se efectuaron registros el 22 de noviembre de 2021, señalando *“desprendimiento retinal superior amplio con pigmento vitreo abundante”* y *“valoración retinólogo urgente”*, luego, en la historia clínica expedida por la misma entidad y en la misma fecha pero con valoración de la cirujana Elena Oudovitchenko, se registró lo siguiente:

PLAN: SE EXPLICA LOS HALLAZGOS PRONOSTICO FUNCIONAL Y ANATOMICO RESERVADO POR MIOPIA PATOLOGICA, SOSPECHA DE DESPRENDIMIENTO COROIDEO, DESPRENDIMIENTO RETINA
SE SOLICITA URGENTE VITRECTOMIA POSTERIOR MAS ACEITE DE SILICONA MAS ENDOLASER OI
SE EXPLICA NECESIDAD 2 O 3 CIRUGIAS, RIESGOS DE NO APLICACIÓN RETINA , PERDIDA GLOBO OCULAR, NO MEJORIA AV OI
SE INICIE CORTIOFTAL C 3 H NEPAOFTAL C 8 H ATROPINA C 8 H

De lo anterior, se advierte que, aunque la actora recibió atención médica por parte de la EPS, en un primer momento en donde se ordenó consulta de primera vez con oftalmología, es claro que no se pudo obtener la referida atención dado que no se allegaron soportes que dieran cuenta por lo menos de la disponibilidad de citas o la asignación de la misma a la actora considerando la gravedad de la situación pues era inminente la pérdida de la visión de uno de sus ojos.

Ante este panorama, resulta evidente la negligencia en el manejo de la situación médica padecida por la actora, encontrándose completamente justificado el actuar desplegado por el demandante al acudir a una clínica particular (sociedad de cirugía ocular), pues la finalidad del SGSS en salud es la prevención de la enfermedad y la recuperación de la salud, en donde las fallas se empiezan a evidenciar desde que no pudo

acceder a atención prioritaria por prestador adscrito a su EPS, o por lo menos ello no fue acreditado en este proceso.

Al respecto, conviene recordar que de conformidad con lo señalado en el artículo 177 de la Ley 100 de 1993, las EPS tienen como función básica asignada por la Ley “(...) garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Salud Obligatorio a los afiliados (...)” y dentro de las funciones que le compelian a la misma de acuerdo con lo establecido en el numeral 6 del artículo 178 Ibidem, se encontraba *“Establecer procedimientos para controlar la atención integral, eficiente, oportuna y de calidad en los servicios prestados por las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud”*, se tiene que al no haber suministrado la atención necesaria para atender la condición médica de la demandante tal situación conllevó a que la señora María Isabel Peña, debiera acudir a servicios particulares, por lo que resulta procedente el reembolso de los gastos reclamados por el demandante, ante la grave negligencia desplegada, por lo que se confirmará la decisión del a quo.

Costas en esta instancia a cargo de la demandada.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, de fecha 28 de septiembre de 2023, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

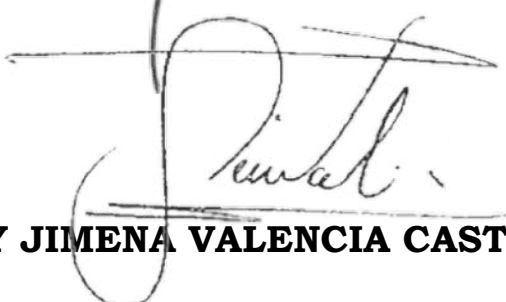
SEGUNDO: COSTAS, en esta instancia a cargo de la demandada. Se fija como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$200.000.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLON

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 JAIRO ORLANDO GARCIA AGUIRRE contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A Y COLFONDOS S.A.

RADICADO: 110013105 001 2020 00166 01

Bogotá D. C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de Porvenir S.A, Colfondos S.A, la parte demandante y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 30 de agosto de 2023.

En esta instancia los apoderados de las partes presentaron alegatos, en los que reiteraron los argumentos expuestos en el trámite de instancia.

I. ANTECEDENTES

El accionante, pretende se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación que realizó al Régimen de Ahorro con Solidaridad., como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a la AFP trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones la totalidad de los aportes, rendimientos, bonos pensionales girados y demás conceptos

económicos relacionados con las cotizaciones efectuadas al RAIS, sin efectuar ningún tipo de deducción de los mismos.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 25 agosto de 1960; que empezó a cotizar desde el 27 de diciembre de 1982 al Instituto de los Seguros Sociales; que se trasladó a Colfondos en el mes de enero de 1996; sin que dicho fondo privado le hubiera suministrado la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

Como fundamento normativo, los artículos 48,53 de la Constitución Política, los artículos 1, 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, el artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el artículo 167 del Código General del Proceso, el artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo, los artículos 963, 1603,1604, 1746 del Código Civil, los artículos 10, 863, y 897 del Código de Comercio, los artículos 96, 97 del Decreto 663 de 1993, el Decreto 656 de 1994, el Decreto 720 de 1994 y las sentencias de la Corte Suprema de Justicia con radicados 33083 de 2011, 31989 de 2008, 46292 de 2017, 19447 de 2017, 1452 de 2019.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual no se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que, aunque la afiliación es completamente valida y la entidad obro de acuerdo a los parámetros establecidos en la ley, si el despacho considera viable ordenar el traslado no se apondrá a la ineficacia de la afiliación y no formulo excepciones.

COLFONDOS S.A, dio contestación a la demanda de la demanda, mediante la cual no se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que, aunque la afiliación es completamente y la AFP abro de acuerdo a los parámetros establecidos en la ley, si el despacho lo considera viable ordenar el traslado la AFP no se opondrá y no formulo excepciones.

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 demandante no allega prueba sumaria de las razones de hecho que

sustentan la omisión al deber de información al momento del traslado de régimen, así como tampoco prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la ineficacia. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de la nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 30 de agosto de 2023, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de Régimen Pensional del demandante señor JAIRO ORLANDO GARCÍA AGUIRRE identificado con C.C. No. 11.306.387, a través del fondo administrado por las sociedades demandadas COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., conforme lo expuesto en precedencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES autorizar el traslado del demandante señor JAIRO ORLANDO GARCÍA AGUIRRE identificado con C.C. No. 11.306.387, al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en las mismas condiciones pensionales que tenía al momento de haber sido trasladada al RAIS; conforme lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento.

TERCERO: ORDENAR a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., trasladar con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES los aportes efectuados por el demandante señor JAIRO ORLANDO GARCÍA AGUIRRE identificado con C.C. No. 11.306.387 en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, junto con todos los rendimientos financieros, frutos e intereses a que haya lugar, el bono pensional, los gastos de administración, y lo indicado en esta decisión judicial lo que tiene que ver con prima de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a formar el fondo de garantías mínimas y valores utilizados en seguros previsionales debidamente indexados con cargo a sus propias con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que el aquí demandante estuvo afiliado a cada una de las administradoras de fondo de pensiones y cesantías, sin que le sea dable efectuar descuento alguno de la cotización total realizada por el accionante; conforme lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento.

CUARTO: DECLARAR que la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional del demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por las demandadas conforme lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEXTO: Sin costas para las partes en la presente instancia.”

Como fundamento de la decisión, el juez argumentó, que de conformidad con pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia con radicado número 68852 de 2019, en caso similar manifestó que la AFP tenía las responsabilidades de brindarle información clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias de abandonar el régimen en el que se encontraba vinculada, entre ellas la pérdida del régimen de transición, sin que el expediente se encuentre medios de convicción que se acredite el cumplimiento de dicha obligación, toda vez que el formulario de afiliación apenas acredita el consentimiento del trabajador pero no que este fuese informado a la luz del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, en armonía de los artículos 13, 271, 272 de la Ley 100 de 1993.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de la parte de mandante interpuso recurso de forma parcial, en lo referente a la condena en costas, al considerar que la misma debe prosperar, toda vez que se impone por el mero hecho de oponerse a la demanda.

La apoderada de Colpensiones interpuso recurso de apelación, al considerar que existe un criterio jurisprudencial, no es menos cierto que cada caso debe analizarse de forma particular y el demandante no puede estar exonerado de su deber de ilustrarse frente a la decisión del cambio de régimen pensional esto de conformidad con el Decreto 2241 del 2010, donde se establecen las obligaciones de los afiliados del Sistema general de Pensiones, así como tampoco el hoy demandante no se encuentra disminuido en su capacidad para celebrar actos o contratos, sin que hiciera uso de los mecanismos para retractarse de la decisión tomada; precisó que debe tenerse en cuenta la sostenibilidad financiera del sistema.

La apoderada de Colfondos S.A., interpuso recurso de apelación de forma parcial y revoque la condena impuesta de devolver gastos de administración, seguros previsionales debidamente indexados, al considerar que no es factible dicha devolución ya que se causaron a favor del demandante para la administración de la cuenta de ahorro individual, refirió que ordenar dicho traslado significaría ir en contravía de las restituciones mutuas, ya

que la AFP ha actuado de buena fe; indicó que respecto a los seguros previsionales estos recursos fueron trasladados y cancelados a la aseguradora, lo cual imposibilita su retorno, ya que son dineros causados.

La apoderada Porvenir S.A, interpuso recurso de apelación y solicitó revocar las condenas impuestas, al considerar que, si bien existe un precedente jurisprudencial, también ha señalado que el mismo no se debe aplicar de manera homogénea, ya que debe existir una similitud en las condiciones fácticas de cada caso y en el presente asunto no se dan, ya que el demandante realizó válidamente su traslado de régimen de manera libre, voluntaria, sin presiones e informado, todo esto de conformidad con la normatividad vigente al momento del traslado; refirió que no resulta procedente el traslado de los rendimientos, primas de seguros previsionales la cuales resalto no se encuentran en su poder dichas sumas, así como tampoco los gastos de administración, toda vez que no resultan procedente de conformidad con el concepto realizado por la Superintendencia Financiera de Colombia y por ultimo solicitó revocar la condena de indexación en virtud de que se remitieron los rendimientos financieros, esto de conformidad con pronunciamientos del Tribunal Superior de Cali y Cundinamarca.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

VI. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar

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

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

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

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

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

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

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

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

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Colfondos S.A., el 5 de diciembre de 1995.

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

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 el demandante.

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."

Finalmente, 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.

Ahora bien, en cuanto a la inconformidad expresada por la parte demandante en relación a la imposición de costas, se tiene que de conformidad al numeral 1 del artículo 365 del Código General del Proceso impone dicho pago a la parte que resulte vencida en el proceso, en consecuencia, se revocara el numeral sexto de la sentencia proferida en primera instancia para en su lugar condenar en costas a la Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones, Porvenir S.A, Colfondos S.A.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el numeral sexto de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 30 de agosto de 2023 y en su lugar condenar en costas a la Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones, Porvenir S.A, Colfondos S.A.

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

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

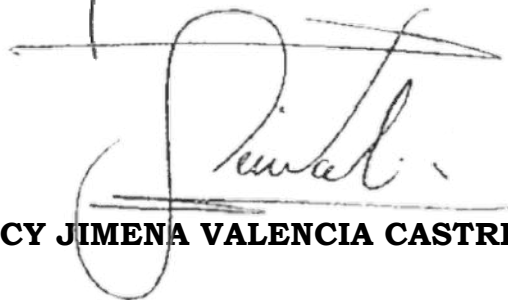
Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLON



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO ANGELA YAMILE OSORIO SOCHA
contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES**
COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A, COLFONDOS S.A Y SKANDIA
S.A.

RADICADO: 110013105 001 2020 00448 01

Bogotá D. C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de Porvenir S.A, Colfondos S.A, Skandia S.A y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 5 de septiembre de 2023.

En esta instancia los apoderados de las partes presentaron alegatos, en los que reiteraron los argumentos expuestos en el trámite de instancia.

I. ANTECEDENTES

La accionante, pretende se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación que realizó al Régimen de Ahorro con Solidaridad., como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a Porvenir S.A trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones todos los valores que hubiera recibido por concepto de cotizaciones, bonos pensionales,

sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y rendimientos causados.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 15 de noviembre de 1961; que realizó cotizaciones para pensión al Instituto de los Seguros Sociales, desde el 15 de noviembre de 1961 hasta el 31 de mayo de 1997; que el 16 de junio de 1997 se traslado a Porvenir S.A., posteriormente a Skandia S.A., el 21 de diciembre de 2005, a Colfondos S.A., el 23 de agosto de 2006 y a Horizonte S.A., el 14 de noviembre de 2012; sin que dichos fondos le hubieran suministrado la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

Como fundamento normativo, los artículos 20,48 y 53 de la Constitución Política, los artículos 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, los artículos 97 y 98 del Decreto 663 de 1993, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994 y la Circular Externa 001 de 2004 de la Superintendencia Financiera.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLFONDOS S.A, dio contestación a la demanda de la demanda, mediante la cual no se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que, aunque la afiliación es completamente y la AFP abro de acuerdo a los parámetros establecidos en la ley, si el despacho lo considera viable ordenar el traslado la AFP no se opondrá y no formulo excepciones.

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que, no se allega al plenario prueba alguna que permita establecer la falta al deber de información en cabeza de la AFP, que hubiese generado un vicio en el consentimiento, al momento de asesorar a la demandante. Propuso las excepciones de el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, la parte demandante no puede beneficiarse de su propia culpa, inexistencia del derecho y la genérica.

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 al RAIS fue completamente válido, el cual estuvo precedido por una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna, con toda la información pertinente y necesita. 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.

PORVENIR S.A, dio contestación a la demanda de la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la demandante se trasladó al fondo desde el 1 de febrero de 2006 hasta el 30 de septiembre de 2006, al respecto refirió que al seleccionar el RAIS acepto todas y cada una de las condiciones propias de dicho régimen conforme lo dispone la Ley 100 de 1993. Propuso entre otras las excepciones de cobro de lo no debido, Skandia no participo ni intervino en el momento en la selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso, ausencia de falta al deber de asesoría, prescripción, buena fe y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 5 de septiembre de 2023, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de Régimen Pensional de la demandante señora ÁNGELA YAMILE OSORIO SOCHA identificada con la C.C51.632.892, a través del fondo administrado por las sociedades demandadas COLFONDOS S.A, SKANDIA S.A y PORVENIR, conforme lo expuesto en precedencia.

SEGUNDO: SEGUNDO: ORDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES autorizar el traslado de la demandante señora ÁNGELA YAMILE OSORIO SOCHA identificada con la C.C 51.632.892 al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en las mismas condiciones pensionales que tenía al momento de haber sido trasladada al RAIS; conforme lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento.

TERCERO: ORDENAR a las AFP COLFONDOS S.A, SKANDIA S.A y PORVENIR S.A trasladar con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES los aportes efectuados por la demandante señora ÁNGELA YAMILE OSORIO SOCHA identificada con la C.C 51.632.892, en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, junto con todos los rendimientos financieros, frutos e intereses a que haya

lugar, el bono pensional, los gastos de administración, y lo indicado en esta decisión judicial lo que tiene que ver con prima de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a formar el fondo de garantías mínimas y valores utilizados en seguros previsionales debidamente indexados con cargo a sus propias con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que el aquí demandante estuvo afiliado a cada una de las administradoras de fondo de pensiones y cesantías, sin que le sea dable efectuar descuento alguno de la cotización total realizada por el accionante; conforme lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento.

CUARTO: DECLARAR que la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por las demandadas, COLFONDOS S.A, SKANDIA S.A y PORVENIR S.A.

SEXTO: costas en la presente instancia a cargo de las demandadas”

Como fundamento de la decisión, el juez argumentó, que de conformidad con pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia con radicado número 68852 de 2019, en caso similar manifestó que la AFP tenía las responsabilidad de brindarle información clara, comprensible y oportuna sobre la características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias de abandonar el régimen en el que se encontraba vinculada, entre ellas la pérdida del régimen de transición, sin que el expediente se encuentre medios de convicción que se acredite el cumplimiento de dicha obligación, toda vez que el formulario de afiliación apenas acredita el consentimiento del trabajador pero no que este fuese informado a la luz del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, en armonía de los artículos 13, 271, 272 de la Ley 100 de 1993.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de Colpensiones interpuso recurso de apelación, al considerar que no se comparte el criterio del despacho, en virtud de que la declaración de ineficacia del traslado de régimen conlleva unas consecuencias que afectan el patrimonio de la entidad, ya que, si bien existe un criterio jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, no es menos cierto que debe analizarse caso en particular y en el presente asunto la demandante no puede exonerarse de su deber de ilustrarse frente a la decisión del cambio de régimen pensional, esto de acuerdo con el Decreto 2241 de 2010; señaló que tampoco hizo uso de los mecanismos legales para

dejar sin efecto la afiliación al RAIS, contenidos en los mismos formularios como son la figura del retracto y la rescisión; resaltó que debe tenerse en cuenta la sostenibilidad financiera; refirió que no se comparte la condena en costas, toda vez que la entidad no intervino en la decisión de trasladarse al RAIS.

La apoderado de Colfondos S.A., interpuso recurso de apelación, al considerar que la AFP siempre cumplió con el deber de información, resaltó que la demandante es una persona completamente capaz que contaba con la capacidad de analizar los argumentos manifestados por los asesores, a fin de determinar si realmente le convenía o no tomar dicha decisión; aclaró que la existencia del deber de asesoría se da hasta la expedición de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, por lo que por fuera de la vigencia de dichas disposiciones no se puede exigir circunstancias sobre las cuales no había obligatoriedad; por lo que indicó que el formulario de afiliación cumplió las exigencias legales para tal fin.

La apoderada Porvenir S.A, interpuso recurso de apelación, al considerar que si bien existe un precedente jurisprudencial planteado por parte del Corte Suprema de Justicia, también es cierto que la misma Corporación ha indicado que el mismo no se puede aplicar de manera homogénea a todos los procesos donde se aplica la nulidad o ineficacia de la afiliación por incumplimiento del deber de información, debe existir una similitud en las condiciones fácticas de cada caso, situaciones que en el presente caso no se dan, toda vez que la demandante realizó su traslado de manera voluntaria, sin presiones e informada, todo esto de conformidad con la normatividad vigente para el momento de traslado; refirió que las condiciones, características, ventajas y desventajas del RAIS se encontraban establecidas en la Ley 100 de 1993, por lo que la demandante puso validar en cualquier momento el contenido de la información otorgada; por otro lado señaló que frente a los rendimientos financieros que de ser declarado el traslado el efecto natural de dicha declaratoria implica que los recursos que se trasladen como rendimientos deben corresponder a los que se generan en Colpensiones y no los que se generaron en el RAIS, pues no tendría sentido que el traslado no surtió efectos legales se obligue a trasladar rendimientos propios de dicho régimen, así como tampoco resulta procedente trasladar la

sumas de primas de seguros previsionales ni gastos de administración debidamente indexados.

La apoderada de Skandia S.A., interpuso recurso de apelación frente al numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia de instancia en lo referente a la devolución de gastos de administración, primas de seguros previsionales debidamente indexados, al considerar que desde el 17 de octubre de 2006 se trasladaron todos los recursos que tenía la demandante, por lo que no existe concepto alguno pues se trasladaron las cotizaciones de conformidad con el Decreto 3925 de 2008, sin que en dicha normativa se contemple los primas y gastos de administración, ya que dicha norma guarda relación con el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

VI. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Porvenir S.A., el 16 de junio 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.

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 el demandante.

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."

Finalmente, 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.

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

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 5 de septiembre de 2023, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLON



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO MARIA DEL ROSARIO MICAN AGUIRRE contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A Y PROTECCION S.A.

RADICADO: 110013105 009 2019 00512 01

Bogotá D. C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de Porvenir y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 21 de abril de 2023.

En esta instancia el apoderado de Porvenir presento alegatos, en el que reitero los argumentos expuestos en el trámite de instancia.

I. ANTECEDENTES

El accionante, pretende se declare la nulidad de la afiliación que realizó a Porvenir S.A., como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a la AFP trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones la totalidad de los aportes, rendimientos, bono pensional, semanas de cotización, así como también se reconozca y pague la pensión de vejez, retroactivo e intereses moratorios.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 7 de mayo de 1960; que se afilió al Instituto de los Seguros Sociales a partir del 14 de mayo de 1979; que se trasladó el 26 de junio de 2005 a Porvenir S.A., sin que los asesores de dicho fondo privado le hubieran suministrado la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

Como fundamento normativo, los artículos 48,49,53,58 y 150 de la Constitución Política, los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993, el Decreto 656 de 1994 y las sentencias de las Corte Suprema con radicados números 31989 del 9 de septiembre de 2008.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la parte actora no tiene derecho a la nulidad o ineficacia solicitada, en virtud de que la afiliación cuenta con plena validez. Propuso entre otras las excepciones de inexistencia de cobro de lo no debido, prescripción, falta de causa para demandar, presunción de legalidad de los actos jurídicos, buena fe, inexistencia de la obligación, inobservancia principio desarrollado artículo 48 Constitución Política, hecho de un tercero y la genérica.

PORVENIR S.A, dio contestación a la demanda de la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el traslado que se realizó con la AFP goza de completa validez, dado que se informó a la demandante acerca de las características, ventajas y desventajas del RAIS. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

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

inexistencia de la obligación, traslado de aportes, validez y eficacia del traslado y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 21 de abril de 2023, el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que realizó la demandante, María del Rosario Micán Aguirre, entre el RPM administrado por el Instituto de Seguros Sociales – hoy Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones – al RAIS, administrado por Porvenir S.A., el 30 de junio del 2000.

SEGUNDO: CONDENAR a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, las cotizaciones recibidas en su integridad, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales si los hubiere, así como gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en los seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados al momento de cumplirse la orden, sin que haya lugar a descontar valor alguno de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: CONDENAR a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones los valores correspondientes a cuotas de administración y comisiones que se dedujeron de la cuenta de ahorro individual de la demandante, durante la vigencia de su afiliación a ese fondo de pensiones, por lo considerado.

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

QUINTO: CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez a la señora María del Rosario Micán Aguirre, en concordancia con los parámetros indicados en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, una vez la afiliada demuestre el retiro efectivo del Sistema General de Pensiones.

SEXTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por el extremo demandado.

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

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

NOVENO: Si no fuera apelada la presente decisión, Remítase el presente asunto ante la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. a fin de que surta el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, de conformidad con el artículo 69 del CPTSS.

Como fundamento de la decisión, el juez argumentó, que la Corte Suprema de Justicia ha manifestado que el deber de información se encuentra a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones el cual es exigible desde su creación y con el paso del tiempo dicho deber se ha consagrado con mayor exigencia identificándose tres etapas conforme las normas que han regulado el tema el primer periodo desde 1993 al 2009, el segundo periodo desde el 2009 hasta el 2014 y el tercer periodo del 2014 en adelante; precisó que la Corte ha indicado que no puede alegarse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen la incidencia que ello puede tener frente a los derechos prestacionales ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de Colpensiones interpuso recurso de apelación y solicitó revocar en su totalidad la sentencia de instancia, al considerar que la realidad del momento según la normatividad aplicable era la Ley 100 de 1993, Decreto 692 de 1994 y el Decreto 663 de 1993, que señalaban que la aceptación, espontanea, expresa de un afiliado para trasladarse de régimen se manifestaba a través de la firma del formulario de afiliación, lo cual en este asunto se dio a plenitud, por lo que debe valorarse a la luz de la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario de afiliación, sin que sea jurídicamente valido imponer a las administradoras obligaciones y soporte de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente; precisó que se vulnera el derecho al debido proceso de Colpensiones, en virtud de que no participo en el trámite de afiliación resaltando que los actos jurídicos tienen efectos inter partes y las consecuencias que se deriven de dicho acto solo debe repercutir sobre las partes involucradas, por lo que la entidad no puede ser favorecida ni perjudicada por dicho contrato celebrado.

El apoderado de Porvenir, interpuso recurso de apelación y solicitó revocar las condenas impuestas, al considerar que no comparte la valoración probatoria realizada, ya que si bien existía un deber de información en el momento en que la demandante se trasladó a el RAIS, el mismo se cumplió a cabalidad a través del asesor comercial que brindo dicha asesoría y se suscribió formulario de afiliación y como consecuencia

de ello se garantizó el derecho a la libre escogencia, por lo tanto se trasladó válidamente al RAIS; indicó que también se aparta de la condena de trasladar rendimientos financieros, gastos de administración, sumas por seguros previsionales debidamente indexados, ya que dichos descuentos que se realizaron en virtud de un mandato legal contenido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

VI. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].

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

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

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

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Porvenir S.A., el 30 de junio de 2000.

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

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

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."

No obstante, se habrá de modificar el numeral segundo de la sentencia de instancia a fin de establecer que los dineros a trasladar por parte de la AFP se deberán pagar debidamente indexados, esto de conformidad con lo dispuesto en sentencia SL2173-2022.

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

Lo anterior, como quiera que en el caso bajo estudio, es indispensable que tanto los aportes como los demás recursos del afiliado se encuentren debidamente depositados dentro del régimen de prima media, a efectos que Colpensiones pueda analizar su situación particular con datos concretos, y de manera precisa, sin lugar a errores dadas las circunstancias actuales en la que se encuentra la demandante.

En consecuencia, se revocará el numeral quinto de la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar absolver a Colpensiones respecto del reconocimiento de la pensión de vejez efectuado en favor de la demandante, en la medida en que la consulta se surte a favor de Colpensiones.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el numeral quinto de la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 21 de abril de 2023 y en su lugar absolver a Colpensiones del reconocimiento pensional ordenado a favor del demandante.

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

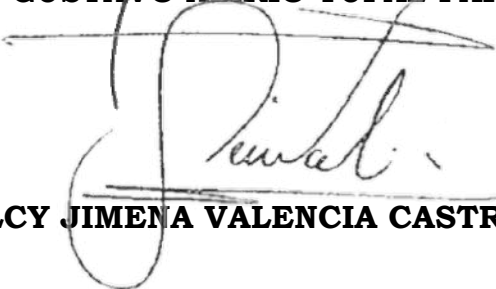
TERCERO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSI


GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLON



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO EDGAR ENRIQUE CAMACHO MORENO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A Y COLFONDOS S.A.

RADICADO: 110013105 010 2019 00271 01

Bogotá D. C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA

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

En esta instancia los apoderados de las partes presentaron alegatos, en los que reiteraron los argumentos expuestos en el trámite de instancia.

I. ANTECEDENTES

El accionante, pretende se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación que realizó al Régimen de Ahorro con Solidaridad administrado por Porvenir S.A y posteriormente a Colfondos S.A y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a esta última AFP trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones todos los valores que hubiere recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la

aseguradora, con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieran causado.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 3 de agosto de 1959; que desde el 17 de enero de 1983 hasta el 17 de diciembre de 1997 estuvo afiliado al Instituto de los Seguros Sociales; que en diciembre de 1997 se trasladó de a Porvenir S.A; que posteriormente en el mes de marzo de 2002 se trasladó a Colfondos S.A., sin que los fondos privados le hubieran suministrado la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

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

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que, en la fecha en que se trasladó el demandante tiene plena validez y la afirmación de vicio de consentimiento acaecida en el proceso debe ser probada en el transcurso del trámite judicial. Propuso las excepciones de prescripción, caducidad, declaratoria de otras excepciones, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir.

COLFONDOS S.A, dio contestación a la demanda de la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que si brindo a la demandante una asesoría integral, suficiente, oportuna, veraz y eficaz respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse al RAIS. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación, prescripción, compensación y pago.

Mediante auto del 5 de mayo de 2023, el Juzgado de conocimiento dispuso tener por no contestada por parte de Porvenir S.A.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

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

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación del demandante el señor EDGAR ENRIQUE CAMACHO MORENO a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. mediante la suscripción de afiliación realizada el 18/12/1997 por no haberse cumplido con el deber de información clara, cierta, veraz y oportuna de las características de los regímenes pensionales, ventajas, desventajas y las incidencias para su derecho pensional y por ende hay lugar de declarar la ineficacia por las razones expuestas en esta sentencia, también las subsiguientes afiliaciones realizadas como fue la del el 07/07/1999 a la AFP COLPATRIA, la afiliación a HORIZONTE por fusión del 29/09/2000 y la afiliación a la AFP PORVENIR el 30 de mayo de 2001 por traslado, y el traslado a COLFONDOS S.A pensiones y cesantías realizado el 7 de mayo de 2002 y en consecuencia por incumplimiento del deber de información hay lugar a declarar ineficaz el traslado de régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad y se ordena su regreso automático a la afiliación al régimen de prima media administrado hoy por COLPENSIONES sin solución de continuidad como si nunca se hubiere trasladado, de conformidad a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES recibir y restablecer afiliación del demandante EDGAR ENRIQUE CAMACHO MORENO al régimen de prima media con prestación definida administrado por hoy COLPENSIONES, sin solución de continuidad como si nunca se hubiese trasladado, conforme a la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a COLFONDOS S.A. pensiones y cesantías hacer la entrega y devolución al régimen de prima media hoy administrado por COLPENSIONES, de todas las sumas existentes en la cuenta individual del afiliado el señor EDGAR ENRIQUE CAMACHO MORENO correspondientes a cotizaciones, frutos e intereses, rendimientos como lo establece el artículo 1746 del C.C., que se hubieren causado y de existir bonos pensionales establecer la devolución correspondiente, también deberá incluir la devolución de los gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes de garantía mínima descontados al demandante con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados durante su vinculación a COLFONDOS, se deberá llegar a COLPENSIONES documentales que permitan establecer que se hace la devolución específicamente por el señor EDGAR ENRIQUE CAMACHO MORENO y documentales que den cuenta los ciclos o periodos cotizados, ingreso base de cotización, valor de la cotización, intereses, frutos, rendimientos y también tener en cuenta del valor de los bonos pensionales si existieren, y las documentales de los descuentos realizados por gastos de administración, cuotas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y porcentajes de garantía de pensión mínima, para que Colpensiones establezca que se hace la devolución de conformidad a los establecido en esta sentencia, aunado a ellos se le otorga el termino de quince 15 días siguientes a Colfondos a la ejecutoria de esta sentencia para que haga esta devolución, de conformidad a la parte considerativa de esta providencia.

CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. realizar la devolución con destino al régimen de prima media administrado por Colpensiones de las sumas descontadas al señor EDGAR ENRIQUE CAMACHO MORENO durante su vinculación a esta AFP por concepto de gastos de administración y primas de seguros

previsionales de invalidez y sobrevivencia y la devolución de los porcentajes descontados para garantía de pensión mínima, con cargo a sus utilidades y debidamente indexados, y también se otorga el termino de quince (15) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia y se le ordena que deberá entregar a Colpensiones las documentales que permitan demostrar que efectivamente se cumplió con el pago por concepto del señor CAMACHO y que la información de los valores descontados por las sumas que se ordenan devolver efectivamente al señor CAMACHO para que Colpensiones pueda revisar que se hace en los términos indicados en esta sentencia

QUINTO: CONDENAR a Colpensiones de manera inmediata a la ejecutoria de la sentencia debe registrar en la historia laboral del demandante las semanas cotizadas en el régimen de ahorro individual con solidaridad, para efectos de la conformación del derecho pensional y también que una vez ingresen las sumas provenientes de COLFONDOS y AFP PORVENIR debe revisar que la devolución se hace en los términos establecidos en esta sentencia, de conformidad a la parte motiva de esta providencia

SEXTO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por las accionadas, de conformidad a la parte considerativa de esta providencia.

SEPTIMO: CONDENAR en costas de esta instancia a favor de la parte demandante a las demandadas la AFP PORVENIR, COLFONDOS S.A pensiones y cesantías y COLPENSIONES debe practicarse la liquidación de costas por la secretaria del despacho incluyendo como agencias en derecho a cargo de la AFP PORVENIR la suma de \$ 1.150.000, a cargo de COLPENSIONES y COLFONDOS la suma de \$ 350.000 por concepto de agencias en derecho a cargo de cada una de ellas

OCTAVO: De no ser apelada esta providencia, remítase al Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta por las condenas impuestas a COLPENSIONES de conformidad art 69 CPT.”

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

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada Porvenir S.A, interpuso recurso de apelación parcial frente al numeral cuarto de la parte resolutive de la sentencia proferida en primera instancia y solicitó se revoque dicha condena, al considerar que de conformidad con el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, establece cuales son los descuentos que deben realizar los fondos respecto de la cotización total de los afiliados respecto de los gastos de administración, seguros previsionales y el porcentaje al fondo de garantía de pensión mínima; refirió que el artículo 113 de la misma normatividad menciona cuales son los dineros que se deben trasladar cuando existe un cambio de régimen pensional y esto es el saldo de la cuenta individual incluidos los rendimientos, lo que impide que se pueda trasladar sumas diferentes a las contenidas en dicha norma, ya que no entran a financiera la prestación del afiliado, lo que generaría un enriquecimiento sin justa causa de Colpensiones; por otro lado, refirió que tampoco resulta improcedente la indexación, ya que durante el tiempo que estuvo el afiliado con la AFP la cuenta de ahorro no se vio afectada por el fenómeno de la inflación, por el contrario generó rendimientos.

El apoderado de Colfondos S.A., interpuso recurso de apelación y solicitó se revoque la sentencia de instancia, al considerar que las Administradoras del RAIS para la fecha de afiliación tenían el deber de proporcionar formulario del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, solo fue hasta el año 2014 que se configuro dicho deber de información; refirió que el traslado que realizó el demandante fue horizontal y por ello no es exigible la misma carga de la prueba; por otro lado indicó que frente a la devolución de gastos de administración y seguros previsionales debidamente indexadas solicitó revocar dicha condena, ya que los mismos son descuentos que se realizaron de manera legal de conformidad con el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

El apoderado de Colpensiones interpuso recurso de apelación, al considerar que frente al deber de información señalado en la sentencia de instancia se pasa por alto que para la fecha del traslado de régimen la normatividad aplicable era la Ley 100 de 1993 en su artículo 13 literal b y el Decreto 692 de 1994, que indicaba que la mera aceptación espontanea, libre y expresa de un afiliado de querer trasladarse o de pertenecer a dicho régimen se manifestaba a través de la firma del formulario de afiliación,

situación que en el presente caso se dio; refirió por otro lado que no se tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica, en virtud de que Colpensiones es un tercero en este asunto, resaltando que los actos jurídicos en principio tienen efectos inter partes; además de ello, indicó que existe una prohibición legal de trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad de 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, se procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].

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

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

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

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Porvenir S.A., el 18 de diciembre 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.

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 el demandante.

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."

Finalmente, 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 Diez Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 10 de agosto de 2023, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

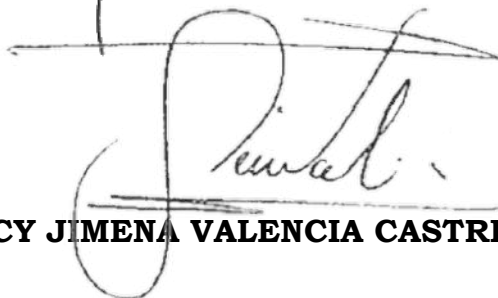
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLON



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR ANTONIO TRUJILLO CARVAJAL CONTRA PALMAS MONTERREY S.A. Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

RADICADO: 11001 3105 011 2019 00582 01

Bogotá D. C., Veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación formulado por el apoderado de Palmas Monterrey S.A. la sentencia proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 15 de febrero de 2022, y a revisar la misma en grado jurisdiccional de consulta. En la sentencia de primera instancia se ordenó a Palmas Monterrey S.A., al

pago de cálculo actuarial por concepto de cotizaciones en el SGSS en pensiones del periodo comprendido entre el 27 de marzo de 1978 y el 19 de mayo de 1986.

El recurso de apelación tiene por objeto la revocatoria de la decisión, para que en su lugar se absuelva de las condenas y que ante una eventual confirmación de la decisión se tenga en cuenta como salario el equivalente al SMMLV conforme al Decreto 3754 de 1985.

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

I. ANTECEDENTES

El demandante formuló demanda con el objeto que se declarara que entre él y la empresa Palmas Monterrey S.A., existió un contrato de trabajo, no obstante, tal empresa no efectuó los aportes a pensión por el periodo comprendido entre el 27 de marzo de 1978 y el 19 de mayo de 1986, en consecuencia, se condenara a Colpensiones a la realización del cálculo actuarial correspondiente y a Palmas Monterrey S.A., a que pagara al mismo, así como, que Colpensiones reliquidara la pensión de vez teniendo en cuenta las semanas no cotizadas a pensión junto con el pago de las diferencias causadas entre la mesada reconocida y la que debió haber percibido, a la indexación de las sumas, a lo que resultare probado ultra y extra petita y a las costas del proceso.

Fundamentó sus pretensiones en síntesis y para lo que interesa al proceso en que nació el 21 de enero de 1946; que suscribió contrato de trabajo con la empresa Palmas Monterrey S.A., el cual estuvo vigente durante el periodo comprendido entre el 27 de marzo de 1978 y el 28 de diciembre de 2002; que el 25 de agosto de 2006, el ISS le reconoció pensión de vejez a partir del 1° de julio de 2006 y que para la liquidación de la mesada pensional no se tuvo en cuenta el tiempo laborado por el demandante para Palmas Monterrey S.A. entre el 27 de marzo de 1978 y el 19 de mayo de 1986.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Colpensiones., contestó la demanda 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 tal entidad no estuvo presente dentro de la relación laboral que se alegaba por la parte demandante además que en la historia laboral no se evidenciaba afiliación al sistema por parte de dicho empleador, razón por la cual para que la empresa pudiera realizar el respectivo cálculo actuarial se debía acreditar previamente el contrato de trabajo con Palmas Monterrey S.A. Propuso entre otras las excepciones de falta de legitimación en la causa, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, prescripción y compensación.

Palmas Monterrey S.A., contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones relacionadas con el pago de las cotizaciones a pensión y la realización del cálculo actuarial, no obstante,

aceptó los hechos de la demanda. El fundamento fáctico y legal de la oposición radicó en que la empresa nunca omitió el cumplimiento de deberes legales como empleador, aludiendo que por el contrario realizó la afiliación del demandante al SGSS en pensiones el 20 de mayo de 1986, conforme a lo ordenado por el Decreto 3041 de 1966, a pesar que la posibilidad de afiliar y pagar aportes a favor de los trabajadores surgió hasta el 24 de agosto de 1987, conforme lo aprobaba el Ministerio del Trabajo por virtud del artículo 1° del Decreto 1617 de 1987. Propuso entre otras las excepciones de pago de aportes a pensión por omisión legislativa, carencia de responsabilidad, inoperancia de la subrogación de la pensión, cobro de lo no debido, buena fe, allanamiento a la mora por el ISS hoy Colpensiones, prescripción y compensación.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

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

“PRIMERO: CONDENAR a Palmas Monterrey SA a pagar a favor del ciudadano Antonio Trujillo Carvajal identificado con la cédula de ciudadanía número 5.718.074 las cotizaciones causadas al sistema general de seguridad social en pensiones correspondientes al periodo laborado entre el veintisiete (27) de marzo de mil novecientos setenta y ocho (1978) y el diecinueve (19) de mayo de mil novecientos ochenta y seis (1986), las cuales deberán ser consignadas o aportadas a la administradora colombiana de pensiones Colpensiones previo cálculo actuarial elaborado por dicha actividad.

SEGUNDO: ORDENAR a Colpensiones elaborar el cálculo actuarial el que incluye el periodo laborado por el actor Trujillo Carvajal en el periodo ya señalado, conforme información suministrada por dicha sociedad el cual no deberá superar el término de treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la presente decisión.

TERCERO: ORDENAR a Colpensiones que dentro del mes inmediatamente siguiente al pago del cálculo actuarial aquí ordenado proceda a estudiar nuevamente el derecho pensional del ciudadano Trujillo Carvajal en lo

referente a la reliquidación de la mesada pensional, teniendo en cuenta el periodo cotizado y la normatividad aplicable en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: DECLARAR *no probadas las excepciones formuladas por las demandadas.*

QUINTO: CONDENAR *a la demandada Palmas Monterrey SA únicamente al pago de las costas de este proceso, liquídense por secretaría incluidas en ella la suma de un millón de pesos (\$1'000.000), valor en que se estima las agencias en derecho.*

SEXTO: DECLARAR *para que todos los efectos legales que la eventual reliquidación de la mesada pensional a cargo de Colpensiones aquí ordenado tan solo se hará exigible luego de que se ha girado el monto del valor del cálculo actuarial por parte de Palmas Monterrey SA de conformidad con los argumentos esgrimidos en la parte motiva en la presente providencia.*

SÉPTIMO: CONSULTAR *la presente decisión ante el Tribunal superior del distrito judicial de Bogotá en su sala laboral respecto de Colpensiones en caso de no ser apelada oportunamente por este sujeto procesal y de conformidad con los argumentos esbozados en la parte motiva de esta sentencia, la cual al haberse emitido de carácter oral y a través de estos medios tecnológicos queda legalmente notificada a las partes en estrados."*

Como fundamento de la decisión, el juzgado argumentó que no era motivo de discusión que el actor hubiese prestado sus servicios a favor de la sociedad Palmas Monterrey, en el municipio de Puerto Wilches - Santander para el periodo alegado, desempeñando el cargo de trabajador a destajo y siendo afiliado al SGSS hasta el 20 de mayo de 1986.

Igualmente, señaló que el periodo de cotización al SGSS, en pensiones reclamado (27/03/1978 – 19/05/1986) representaba un tiempo de servicios que debía ser pagado por parte del empleador a través del respectivo cálculo actuarial, sin importar que para la fecha en que se hubiere prestado el servicio no existiera dicha obligación pues si bien era cierto esa obligación legal de afiliación de los trabajadores surgió tan solo a través del Decreto 1617 de 1987, no se podía desconocer que para dicha fecha existía la obligación de pagar la pensión de jubilación en los términos del artículo 260 del

C.S.T., lo que no la relevaba de cumplir con su carga prestacional.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la demandada interpuso recurso de apelación con el objeto de que se revocara la sentencia, sustentando en la alzada y en sus demás argumentaciones, en síntesis, lo siguiente:

Que durante el periodo ordenado en la sentencia la empresa no se encontraba en la obligación de realizar aportes al ISS, siendo que la cobertura inicio para el municipio de Puerto Wilches hasta el año 1987, por lo que nunca omitió el cumplimiento de sus deberes legales como empleador, por el contrario realizó la afiliación al actor conforme a lo ordenado por el Decreto 3041 de 1966, destacando que conforme a los pronunciamientos de la Corte Constitucional bajo el principio de la equidad era loable mencionar que se trataba de un asunto injusto ya que el tema no estaba reglamentado para la época y además se trataba de una obligación bipartita e incluso tripartita, sin que pudiera desconocerse que al demandante ya le había sido reconocida pensión sin que hubieran sido llamados por el ISS a realizar aportes por esos tiempos y que era importante que se tuviera en cuenta que ante una conformación de la sentencia se tuviera como salario lo equivalente al SMMLV conforme al Decreto 3754 de 1985.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resultaba procedente ordenar a la sociedad Palmas Monterrey S.A. el pago del cálculo actuarial por los aportes no realizados al sistema general de pensiones durante el periodo comprendido entre el 27 de marzo de 1978 y el 19 de mayo de 1986.

En primer lugar, debe señalarse que no existe controversia en los siguientes puntos: i) que entre el actor y la empresa Palmas Monterrey S.A., existió un contrato de trabajo durante el periodo comprendido entre el 27 de marzo de 1978 y el 28 de diciembre de 2002; ii) que el demandante prestó sus servicios en el municipio de Puerto Wilches Santander; iii) que la cobertura del ISS en los riesgos de IVM en el referido municipio inició el 24 de agosto de 1987 (según Decreto 1617 de 1987) y iv) que el actor fue afiliado al SGSS el 20 de mayo de 1986, conforme se acredita con las documentales allegadas, la conducta procesal desplegada por las partes y no tratarse de hechos discutidos por las mismas.

Procedencia del cálculo actuarial

Para definir si procede el reconocimiento del valor del cálculo actuarial reclamado se atenderá el precedente jurisprudencial contenido entre otras, en las sentencias del 16 de julio de 2014 rad. 41745 y 43182 de 20 de octubre de 2015, proferidas por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte

Suprema de Justicia, que indican que si bien no es posible hablar de empleadores omisos respecto de aquellos empleadores que acudieron oportunamente al llamado por parte del Instituto de Seguros Sociales, en función de la extensión gradual de la cobertura; no por ello quedaron excluidos de cualquier tipo de responsabilidad, en la medida en que, entre tanto se garantizaba esa cobertura, seguían teniendo a su cargo los riesgos de pensión, aún sin subrogación; de manera que respecto de dichos periodos, estaban obligados a contribuir a la financiación de una eventual pensión a través de cálculos actuariales.

Lo anterior, por cuanto si bien es cierto se tuvo una tesis inicial consistente en que el empleador estaba exonerado de toda responsabilidad generada en el no pago de aportes para pensión en fecha anterior a aquella en que la cobertura gradual del ISS no la cubría; partiendo de la literalidad del texto de la Ley 90 de 1946, y los Acuerdos 189 de 1965, 224 de 1966, 044 de 1989, y el Acuerdo 049 de 1990, se consideró que el empleador debe contribuir a la financiación de la pensión de quien le prestó servicios, pagando el valor actualizado de las cotizaciones no sufragadas (sentencias del 16 de julio de 2014, Rad. 41745, y 20 de octubre de 2015, Rad. 43182).

Considera la Sala con base en los precedentes jurisprudenciales que a pesar que la afiliación a la entidad de seguridad social fue gradual y se fue presentando en diferentes momentos para diferentes clases de trabajadores, lo cierto es, que ello no exonera de la obligación de responder

por los periodos en que el trabajador hubiese prestado sus servicios, pues ello iría en detrimento del derecho a la seguridad social en pensiones del trabajador.

Frente a este tema la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia con radicación 52395, señalo la orientación vertida en la sentencia CSJ SL646-2013, bajo el entendido que, ante realidades como la expedición del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, la respuesta más acoplada al sistema de seguridad social, en casos de omisión en la afiliación, es el cubrimiento de las prestaciones por el sistema de pensiones, con el recobro de los recursos a los empleadores, a través de un cálculo actuarial, que fue lo que ordenó el a quo en su decisión y que se ajusta al criterio aquí expuesto, por lo que se procederá a confirmar la decisión.

Del salario a tener en cuenta para liquidación del cálculo actuarial

En primer lugar, conviene recordar que el Decreto 1887 de 1994, establece las pautas para la realización del cálculo actuarial, tal y como se desprende de lo expuesto por la C.S.J., S.C.L. en la sentencia SL046-2020.

Precisando lo anterior, se procederá a analizar lo relacionado con el salario que debe tenerse en cuenta para la liquidación pertinente, sobre el particular se tiene que si bien el artículo 4 del Decreto 1887 de 1994, establece:

“ARTICULO 4o. SALARIO DE REFERENCIA. (...) El salario base de liquidación devengado al 31 de marzo de 1994 estará conformado por los factores que de conformidad con lo dispuesto en el Código Sustantivo del

trabajo, constituyen salario. En todo caso el salario base de liquidación no podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente en dicha fecha, ni superior a 20 veces dicho salario.

*PARAGRAFO. Para el caso de empleados que habiendo estado vinculados al 23 de diciembre de 1993, ya no lo están al 31 de marzo de 1994 **el salario de referencia se calculará utilizando el último salario base de liquidación.***

En este punto, resulta pertinente traer a colación lo expuesto por nuestro órgano de cierre en Sentencia SL1042-2019, en donde se indicó:

“En efecto, el sistema de seguridad social integral fijó como norma directriz, que la pensión percibida por los afiliados fuese un reflejo directo y proporcional de las cotizaciones efectivamente realizadas...

(...)

En consonancia con lo anterior, esta Corte ha defendido en diferentes temas relativos a pensiones del sistema de seguridad social, que las prestaciones se calculan sobre los salarios base de cotización y no con lo devengado por el trabajador o servidor público. Por ejemplo. En la sentencia CSJ SL164-2018. La sala consideró que la referencia a devengado contenida en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 debía interpretarse como cotizado, dado que el sistema de seguridad social y las pensiones que de él derivan, dentro de las cuales se encuentran las del régimen de transición, se soporta en una relación de correspondencia entre lo cotizado y el monto de la pensión, de ahí que para liquidar las pensiones es necesario computar los factores salariales sobre los cuales se hicieron aportes al sistema pensional”

Esta directriz del sistema, aunque ya venía inmersa en la lógica de la Ley 100 de 1993, fue reiterada en el inciso 6 del Acto Legislativo 01 de 2005 al señalar que “para la liquidación de las pensiones solo (sic) se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado cotizaciones.”

De igual forma, debe recordarse que en forma previa a la expedición de la Ley 100 de 1993, los aportes al ISS, no se liquidaban de acuerdo al salario devengado, sino de conformidad con el valor que correspondía a las tablas de categorías y montos salariales adoptadas por dicha administradora y aplicadas para la cancelación de los aportes, en razón a ello el ISS profirió varios acuerdos, a través de los cuales fijó categorías de salarios y aportes, para empleadores y trabajadores, de manera que las cotizaciones se realizaban tomando como referencia una tabla de categorías y aportes,

en las que se establecía previamente un salario asegurable sobre el cual se podía cotizar para los riesgos IVM, tal y como se mencionó en la sentencia CSJ SL, rad. 31855, 31 mar. 2009:

“(…)

Así mismo, para ese entonces, y en lo que tiene que ver con el régimen pensional administrado por el Instituto de Seguros Sociales, existían unas tablas de categorías y cotizaciones que imponían un tope de salarios mínimos y máximo asegurables según la categoría que correspondiera. Este último, es decir, el salario máximo asegurable, de conformidad con el Acuerdo 048 de 1989, aprobado por el Decreto 2610 del mismo año, estaba cuantificado en la suma de \$665.070.

Indicaba lo anterior, que el ISS no recibía -ni estaba autorizado para hacerlo según sus reglamentos-, ninguna cotización que superara el salario máximo asegurable, de donde se seguía, como inexorable consecuencia, que así un afiliado devengara o percibiera ingresos más allá del mismo, sus cotizaciones no podían superar el tope legal establecido.

(…)”

En ese orden de ideas, efectuando una armonización entre la norma que contempla el salario de referencia para efectuar la liquidación del cálculo actuarial y la que establece el salario máximo asegurable, a juicio de este fallador deberá tenerse en cuenta el último salario recibido por el demandante en forma previa a la afiliación, esto era, el devengando para el 19 de mayo de 1986 considerando la categoría a la que se ajuste conforme a la normatividad aplicable para dicha data.

En este caso y si bien no fue allegado certificado salarial, lo cierto es que el salario resulta factible colegirlo de lo expuesto en el reporte de semanas cotizadas obrante en el expediente administrativo aportado por Colpensiones, siendo que la afiliación al ISS se produjo el 20 de mayo de 1986, mismo mes y año que debe tomarse como referencia, en el que

la asignación básica mensual reportada ascendió a \$30.150, como se advierte a continuación:

DETALLE DE PAGOS EFECTUADOS ANTERIORES A 1995						
Este reporte contiene el detalle de las semanas cotizadas hasta el 31 de diciembre de 1994.						
(01) Verificación Empleado	(02) Nombre o Razón Social	(03) Ciclo Desde	(04) Ciclo Hasta	(05) Asignación Básica Mensual	(06) Días Pag.	(07) Observación
10000000	PROMOCIONES AGROPECUARIAS S	20/01/1986	31/01/1987	\$ 30.150	257	Pago aplicado al periodo declarado
10000000	PROMOCIONES AGROPECUARIAS S	01/02/1987	31/03/1987	\$ 41.040	272	Pago aplicado al periodo declarado
10000000	PROMOCIONES AGROPECUARIAS S	01/01/1987	31/12/1987	\$ 31.400	81	Pago aplicado al periodo declarado
10000000	PROMOCIONES AGROPECUARIAS S	01/01/1986	31/12/1986	\$ 25.500	366	Pago aplicado al periodo declarado
Impreso Por Internet el: 12-Feb-2020 a las: 10:14:21 3 de 3						

En ese orden de ideas, no le asiste razón al recurrente para reclamar que el cálculo actuarial se efectuara sobre el SMMLV para la época.

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

Costas en esta instancia a cargo de la demandada Palmas Monterrey S.A.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 15 de febrero de 2022, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

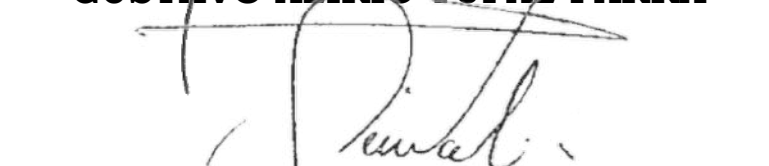
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada Palmas Monterrey S.A.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

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 RAFAEL ENRIQUE NEUBAL ESPINOSA CONTRA ACCIONA INFREASTRUCURA S.A. Y OINCO SAS COMO INTEGRANTES DEL CONSORCIO ACCIONA - OINCO II Y AGUAS DE BOGOTA S.A. E.S.P.

RADICADO: 11001 3105 016 2018 00428 02

Bogotá D. C., Veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

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 Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 25 de octubre de 2021, en donde se absolvió a las demandadas

de todas y cada una de las pretensiones formuladas por la demandante.

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

I. ANTECEDENTES

El actor formuló demanda con el objeto que se declarara que entre él y el Consorcio Oinco II, integrado por las empresas Acciona Infraestructura S.A. Sucursal Colombia y Oinco Ltda., existió un contrato de trabajo por duración de la obra durante el periodo comprendido entre el 3 de julio de 2012 y el 8 de septiembre de 2015 y que el contrato fue terminado unilateralmente por el empleador a pesar que estaba incurso en estabilidad laboral reforzada, actuando como solidariamente responsable de las condenas a la empresa Aguas de Bogotá S.A. E.S.P. como beneficiario de la obra, en consecuencia, se condenara, al reintegro junto con el pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones, trabajo en tiempo suplementario, aportes al SGSS en pensiones, pago de perjuicios morales y materiales, a la indexación de las sumas, a lo que resultare probado ultra y extra petita y a las costas procesales.

Subsidiariamente reclama el pago de la indemnización por despido injusto, los perjuicios morales y materiales, la

indexación de las sumas, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas procesales.

Fundamentó sus pretensiones, en síntesis y para lo que interesa al proceso en que ingresó a laborar al servicio del consocio Acciona - Oinco II, el 3 de julio de 2012; que el consorcio aludido a su vez fue contratado por Aguas de Bogotá S.A. E.S.P., para la rehabilitación de las redes locales de alcantarillados sanitario y pluvial del barrio bello horizonte fase I de la localidad de San Cristóbal en el área de cobertura zona 4 del acueducto de Bogotá D.C.; que el 5 de octubre de 2012 y como consecuencia de las labores realizadas sintió un fuerte dolor en el pecho ocasionándole un infarto agudo al miocardio, continuando en tratamiento médico hasta el 15 de julio de 2013, cuando fue intervenido quirúrgicamente posterior a ello fue reubicado en labores que no tuviera que realizar esfuerzos físicos y pudiera seguir asistiendo a controles médicos; que el 7 de septiembre de 2015, el consorcio Acciona – Oinco II, lo despidió sin el aval del Ministerio del Trabajo; que tuvo que costear una gran cantidad de medicamentos y consultas médicas así como le tocó vivir de la caridad de sus familiares y amigos más cercanos.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Oinco S.A.S., como integrante del **Consorcio Acciona – Oinco II**, contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptó algunos hechos, negó otros y refirió que no le constaban los

restantes. El fundamento fáctico y legal de su oposición radicó en que para la fecha de terminación del contrato de trabajo el actor, no se encontraba en condición de estabilidad laboral reforzada siendo que no estaba incapacitado ni contaba con ninguna calificación, asimismo, enfatizó en que el contrato que el consorcio ejecutaba finalizó el 13 de diciembre de 2013, suscribiéndose el acta de liquidación el 22 de septiembre de 2014, de suerte que el contrato con el demandante debió finalizar el 13 de diciembre de 2013, por lo que tampoco procedía el despido injusto aducido ya que el mismo finalizó por terminación de la obra para la cual fue contratado, finalmente, mencionó que entre el Consorcio y la empresa Aguas de Bogotá S.A. E.S.P., no había solidaridad porque esta última no hacía parte de la relación laboral.

Acciona Construcción S.A. Sucursal Colombia, como integrante del **Consorcio Acciona – Oinco II**, contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones, aceptó algunos hechos, negó otros y refirió que no le constaban los restantes. El fundamento fáctico y legal de su oposición radicó en que el demandante no se encontraba en los supuestos de la estabilidad laboral reforzada y el contrato finalizó por una forma legal, esto era, la finalización de la obra o labor. Propuso entre otras las excepciones de inexistencia de estabilidad laboral reforzada e improcedencia del reintegro, terminación del contrato de trabajo por causa legal e improcedencia de la indemnización por terminación unilateral y sin justa causa y prescripción.

Aguas de Bogotá S.A. E.S.P., contestó oponiéndose a las pretensiones, negó algunos hechos y refirió que no le constaban los restantes. El fundamento fáctico y legal de su oposición radicó en que nunca tuvo vínculo laboral con Aguas de Bogotá S.A. E.S.P., ni siquiera a título de solidaridad o unidad empresarial se puede predicar dicha relación ya que los únicos contratos comerciales suscritos con el consorcio se ejecutaron entre los años 2010 y 2011, fechas que no coinciden con lo señalado en el libelo demandatario además que la prueba documental aportada por el demandante da cuenta que los contratos comerciales se suscribieron con la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá. Propuso las excepciones de mérito que denominó cobro de lo no debido, inexistencia del derecho reclamado, no existir solidaridad entre los demandados, falta de legitimación en la causa por pasiva e innominada o genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

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

PRIMERO: ABSOLVER a las demandadas Acciona Construcción SA Sucursal Colombia, Oinco SAS, estas últimas como integrantes que fueron del Consorcio Acciona Oinco II y así como también a la demandada Aguas de Bogotá SA, empresa de servicios públicos de todas y cada una de las pretensiones que fueron incoadas en su contra por el señor demandante, por lo tanto, el juzgado niega en su totalidad las pretensiones de la presente demanda tanto principales como subsidiarias.

SEGUNDO: SE DECLARA PROBADA la excepción de inexistencia de legitimación en causa por pasiva que fue alega que fue Aguas de Bogotá SA empresa de servicios públicos y por el resultado de la litis se abstiene el despacho de pronunciamiento sobre los demás medios exceptivos propuestos por la demandada.

TERCERO: SE CONDENA en costas de la instancia a la parte actora aplíquese la liquidación por secretaría incluyendo el monto de doscientos mil pesos moneda corriente (\$200.000M/CTE) como valor de las agencias en derecho en favor de cada una de las demandadas.

Como fundamento de la decisión, el juzgado argumentó que estaba acreditado que entre el actor y el consorcio Oinco II, existió un contrato de trabajo por duración de la obra o labor, durante el periodo comprendido entre el 3 de julio de 2012 y el 8 de septiembre de 2015, en virtud del cual el demandante se desempeñó como auxiliar de impacto urbano y devengó el SMMLV, encontrándose la duración de tal contrato atada a la duración de la ejecución del contrato No. 10134100854 de 2011 suscrito con la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá (correspondiente a la rehabilitación de las redes locales de alcantarillado sanitario y fluvial del barrio Bello Horizonte fase uno de la localidad de San Cristóbal), razón misma por la que señaló que no existía solidaridad predicable respecto de Aguas de Bogotá S.A. E.S.P.

Igualmente, se indicó que si bien la obra que tenía que ver con el contrato suscrito entre el consorcio y la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá terminó en diciembre de 2013, se puntualizó que el contrato del demandante finalizó hasta el 8 de septiembre de 2015, ya que conforme se había indicado por la pasiva para ese momento no se contaba con evidencias que dieran cuenta de alguna afectación a la salud del actor, aludiéndose que de las pruebas allegadas y practicadas tales como lo establecido en la historia clínica y

los testimonios recibidos se tenía que el señor Neubal, presentó dos eventos el primero el 5 de octubre de 2012 (infarto cardiaco) y el segundo el 15 de julio de 2013 (procedimiento quirúrgico por cardiomiopatía isquémica), habiéndole sido terminado el contrato al actor y reintegrado en algún momento durante el año 2013 por vía de tutela, sin que para la fecha de terminación del contrato efectuada durante el año 2015, se hubiese allegado alguna prueba que diera cuenta del estado de salud del actor para tal momento por lo que no podía ubicarse en los presupuestos de la estabilidad laboral reforzada.

En cuanto a las pretensiones subsidiarias, encaminadas a obtener la indemnización por despido injusto, se indicó que en el presente asunto estaba acreditado que se presentó una causa legal de terminación del contrato que fue la terminación de la obra o labor para la cual fue contratada el demandante con las diversas pruebas que fueron allegadas sin que en todo caso se hubiera alegado que la obra no había concluido o que se hubiere alegado otra causal distinta imputable al empleador distinta al asunto de salud, por lo que ninguna de las pretensiones estaban llamadas a prosperar.

IV. CONSIDERACIONES

Precisado lo anterior y atendiendo lo consagrado en el artículo 66A del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resultaba procedente declarar la ineficacia del despido del demandante por encontrarse en

condición de debilidad manifiesta por fuero de salud y en caso positivo si resultaba procedente el reintegro y las demás pretensiones derivadas de ello o si por el contrario era viable el reconocimiento de la indemnización por despido injusto.

En primer lugar, debe indicarse que no existe discusión en los siguientes puntos: i) que entre el señor Rafael Enrique Neubal Espinosa y el consorcio Acciona - Oinco II, existió un contrato de trabajo por duración de la obra o labor, durante el periodo comprendido entre el 3 de julio de 2012 y el 8 de septiembre de 2015; ii) que el actor se desempeñó como auxiliar de impacto urbano para la obra rehabilitación de las redes locales de alcantarillado sanitario y pluvial del barrio bello horizonte Fase I de la localidad de San Cristóbal en el área de cobertura de la zona 4 del acueducto de Bogotá D.C. y iii) que devengó como último salario el SMMLV, conforme se extracta de las documentales allegadas al proceso, las conductas procesales de las partes y no haberse manifestado inconformidad alguna sobre el particular.

Precisado lo anterior, resulta pertinente acudir a la norma que contempla la protección de no discriminación de personas en situación de discapacidad, como quiera que se ha establecido como la fuente normativa del fuero de salud, a efectos de establecer su regulación y las prerrogativas que concede, para lo cual se acude al artículo 26 de la Ley 361 de 1997, que dispone:

“ARTÍCULO 26. NO DISCRIMINACIÓN A PERSONA EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD. *En ningún caso la discapacidad de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que*

*dicha discapacidad sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. **Así mismo, ninguna persona en situación de discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su discapacidad, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.***

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su discapacidad, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren.¹ (Subrayas y negrita fuera de texto).

La anterior norma fue objeto de análisis por la Corte Constitucional en sentencia C - 531 de 2000, en donde precisó que se declararía la exequibilidad del inciso segundo, en el entendido que el despido del trabajador o terminación del contrato de trabajo por razón de la limitación, sin la autorización de la oficina de Trabajo, no produce efectos jurídicos y sólo es eficaz en la medida en que se obtenga la respectiva autorización, de suerte que si el empleador lo contraviene deberá asumir además de la ineficacia jurídica de la actuación, el pago de la respectiva indemnización.

De igual forma, debe tenerse en cuenta que nuestro órgano de cierre ha establecido parámetros para determinar cuándo se estaría en presencia de una persona beneficiaria de la norma antes citada, indicándose recientemente en la sentencia SL1152-2023, que debían confluir las siguientes situaciones: i) la existencia de una deficiencia a mediano o largo plazo; ii) la existencia de una barrera de tipo laboral que le impidiera ejercer en condiciones de igualdad su labor, iii) que dicha situación fuera conocida o notoria para el empleador.

Como se observa la protección busca evitar que se produzca la terminación la relación laboral en razón o con motivo en la discapacidad sufrida por el trabajador, debiéndose precisar en este punto que tal amparo se genera siempre y cuando no exista una causal objetiva de terminación del contrato como se ha mencionado en diversas oportunidades por la C.S.J., S.C.L., en sentencias como la SL1360-2018 y la SL711-2021.

En ese orden de ideas, se abordará en primera medida el estudio de la terminación del contrato en aras de establecer si en este caso se presentaba una causa objetiva y/o legal para la finalización del vínculo contractual, dado que ello desvirtúa el despido discriminatorio en tanto que se consideran legítimas para dar por concluida la relación de trabajo.

Como documental relevante, se allegó comunicación de fecha 5 de septiembre de 2015 en donde se informó sobre la finalización del contrato al actor, en los siguientes términos:

“(…)

Señor
RAFAEL ENRIQUE NEUBAL
Calle 67ª SUR N°18J-84
Tel. 3202940529 - 3206415417
Ciudad
E. S. M.

Asunto: FINALIZACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Estimado señor:

Por la presente comunicación, nos permitimos informarle que su contrato de trabajo celebrado el día 3 de Julio del 2012, con el Consorcio Acciona Oinco II, ha finalizado a partir del día del 8 de Septiembre del 2015.

Esta terminación tiene fundamento en los siguientes hechos:

1. Artículo 61 literal d) del Código Sustantivo del Trabajo, según el cual de acuerdo con la naturaleza de su contrato, éste termina "*Por terminación de la obra o labor contratada*". Tal y como es de su conocimiento este Empleador finalizó la obra contratada consistente en rehabilitación de las redes locales de alcantarillado sanitario y pluvial del barrio Bello Horizonte — Fase I de la localidad de San Cristobal en el área de cobertura de la zona 4 del acueducto de Bogotá D.C desde el día 13 de diciembre de 2013 lo cual consta en Acta de Terminación de la misma fecha.

2. Ausencia de incapacidad por parte del trabajador. Teniendo en consideración que no obstante la finalización de los trabajos por parte de este Empleador, en su momento su estado de incapacidad impidió la finalización de su contrato laboral, con fundamento en la Certificación que la entidad Saludcoop nos ha remitido con fecha 15 de julio de 2015, se corrobora que usted ya no presenta estado alguno de incapacidad, ni cuenta con incapacidades médicas vigentes.

En tal virtud de manera definitiva su contrato de trabajo ha terminado.

El salario y las prestaciones sociales y demás derechos a su favor, que se le adeudan estarán disponibles para pago, desde el 8 de Septiembre del presente año, para que por favor se acerque a la oficina ubicada en la siguiente dirección: Calle 103 N°14ª-53 Oficina 406 Bogotá.

(...)"

De la comunicación anterior, se extracta que el fundamento de la terminación del contrato se edificó en que la obra para la que el actor había sido contratado había finalizado desde el 13 de diciembre de 2013, señalándose que, si bien tales trabajos habían terminado en tiempo anterior, el contrato de trabajo no fue finiquitado en razón al estado de incapacidad en el que se encontraba el demandante, sin embargo, como ello fue superado se procedió a dar por finalizado el contrato a partir del 8 de septiembre de 2015.

Verificado el contrato de trabajo por duración de la obra suscrito entre el actor y el consorcio demandado, se observa que en la cláusula segunda del mismo se pactó la duración del contrato de la siguiente forma "*la duración del presente contrato está determinada por la duración de la ejecución del contrato* No 1-01-34100-0854-2011 EMPRESA DE

ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA, correspondiente a la REHABILITACIÓN DE LAS REDES LOCALES DE ALCANTARILLADO SANITARIO Y PLUVIAL DEL BARRIO BELLO HORIZONTE/ FASE I, DE LA LOCALIDAD DE SAN CRISTOBAL, EN EL AREA DE COBERTURA DE LA ZONA 4 DEL ACUEDUCTO DE BOGOTA D.C.”, esto es, por el contrato suscrito entre el Consorcio y la empresa de Acueducto y alcantarillado de Bogotá S.A. E.S.P.

Igualmente, obra en el expediente el acta de terminación del contrato No. 1-01-34100-0854-2011, suscrita por el Consorcio Acciona Oinco II y el interventor el 13 de diciembre de 2013, de la que se colige que el contrato inició el 12 de junio de 2012, presentó una prórroga, tuvo una suspensión y terminó el 13 de diciembre de 2013, quedando remates de obra que requerían ajustes y/o acabados en general que impedían el recibo a satisfacción de la interventoría, no obstante, con posterioridad el 9 de diciembre de 2014, se suscribió el acta de liquidación del contrato por el Consorcio Acciona – Oinco II y la empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá S.A. E.S.P., la cual da cuenta del acta de entrega y recibo final del 22 de septiembre de 2019, acreditando así que la obra para la que el actor había sido contratado en efecto había finalizado para la fecha en que se terminó su contrato de trabajo.

Ahora y si bien, en este asunto existía una causa objetiva para efectuar la terminación del contrato, como lo es la contemplada en el literal d del artículo 61 del C.S.T. (Art.

subrogado artículo 5o. de la Ley 50 de 1990), correspondiente a la terminación de la obra o labor contratada, no puede perderse de vista que se advierte que el empleador decidió mantener la vinculación del demandante dada la condición de salud que presentaba para la fecha de terminación del contrato que ejecutaba el Consorcio, siendo que así se expuso en la carta de finalización allegada, debiéndose en este punto mencionar que de las declaraciones rendidas por las señoras Angie Karina Neubal Torres (hija del actor) y Myriam Jenny Castro Ávila (ingeniera residente en el consorcio - acciona II desde junio de 2012 – diciembre de 2013), se desprende que con ocasión a la suspensión del contrato que ejecutaba el consorcio -junio de 2013-, se terminó la mayoría de los contratos de los trabajadores de obra y el actor fue objeto de reintegro (evento respecto del cual obra soporte documental en el plenario), razones que conllevan a analizar si en este caso nos encontramos frente a un despido discriminatorio.

Así analizadas las pruebas se observa que se allegó historia clínica, en donde obran 2 situaciones medicas con los siguientes registros:

i) fecha de atención del 5 de octubre de 2012, el motivo de consulta fue “siento ahogo”, el diagnostico principal fue Disnea “R060” y el secundario hipertensión esencial “I10X, estableciéndose en el plan terapéutico “(...) *PACIENTE SIN MANEJO DE PATOLOGÍAS DE BASE, MAL ORIENTADO SIN TTO ACTUAL (...) SIN FACTORES DE RIESGO EN EL MOMENTO*

(...) EKG: RITMO SINUSAL, ISQUEMIA ANTIGUA EN CARA ANTERIOR. NO CAMBIOS ISQUÉMICOS AGUDOS.” y

ii) fecha de atención 15 de julio de 2013, el procedimiento a realizar fue el siguiente:

“(…)

DIAGNOSTICO PREOPERATORIO
I255 Cardiomiopatía isquémica, I251 Enfermedad aterosclerótica del corazón

DIAGNOSTICO POSTOPERATORIO
I251 Enfermedad aterosclerótica del corazón

ESPECIMEN ENVIADO A PATOLOGIA
-NO-Carlos Andres Ocampo Jul 15 2013 12:10PM

COMPLICACIONES
Jul 15 2013 12:10PM

SANGRADO
-500 CC-Carlos Andres Ocampo Jul 15 2013 12:10PM

NOMBRE DEL PROCEDIMIENTO QUIRURGICO Y PROFESIONALES QUE INTERVIENEN EN EL ACTO QUIRURGICO

PROCEDIMIENTO: 2535 ANASTOMOSIS SIMPLE O SECUENCIAL DE ARTERIA MAMARIA-ARTERIA CORONARIA, POR ESTERNOTOMIA O TORACOTOMIA
Finalidad: TERAPEUTICO
Lateralidad: No Aplica
Acto Qx: MULTIPLE IGUAL VÍA MISMA ESPECIALIDAD
Tipo Herida: Limpia - Contaminada
Profesionales: Carlos Andres Ocampo - Cirujano Principal; Mauricio Armando Jimenez Chaura - Cirujano Secundario;
PROCEDIMIENTO: 47175 ANASTOMOSIS CORONARIA PARA REVASCULARIZACION CARDIACA DE UNO O MAS VASOS CON VENA SAFENA POR ESTERNOTOMIA O TORACOTOMIA
Finalidad: TERAPEUTICO
Lateralidad: No Aplica
Acto Qx: MULTIPLE IGUAL VÍA MISMA ESPECIALIDAD
Tipo Herida: Limpia - Contaminada
Profesionales: Carlos Andres Ocampo - Cirujano Principal; Mauricio Armando Jimenez Chaura - Cirujano Secundario

DESCRIPCION DEL PROCEDIMIENTO
-CORPORACIÓN IPS Saludcoop CUNDINAMARCA
CIRUGIA CARDIOVASCULAR DESCRIPCION QUIRURGICA

NOMBRE: RAFAEL ENRIQUE NEUBAL ESPINOZA **F ECHA:** JUL 015 DE 2013
EDAD: 56 AÑOS H **C.:** 71970.648 **ES:** SALUDCOOP

DIAGNOSTICO PREOPERATORIO: E NFERMEDAD CORONARIA

DIAGNOSTICO POSTOPERATORIO: ENFERMEDAD CORONARIA

HALLAZGOS: CONTRACCION VENTRICULAR DISMINUIDA LESION CRITICA DE DA Y CX COMPLETA DE CD VASOS DISTALES DE REGULAR CALIBRE CON ENFERMEDAD DISTAL AMI DE BUENA CALIDAD Y SAFENA DE BUENA CALIDAD.

INTERVENCIONES: 1- REVASCULARIZACION MIOCARDICA CON INJERTO ARTERIAL AD AD A (361501)
2- PUENTES AORTOCORONARIOS CON SAFENA SECUENCIAL A CD Y OM2 (361200)

CIRUJANOS: CARLOS OCAMPO MAURICIO JIMENEZA **YUDANTE:** NORBEY LOPEZ
ANESTESIOLOGO: CATALINA QUINONES
PERFUSION: NIDIA MORALES **INSTRUMENTADORA:** MENCY CHAVEZ

(…)”

Como se observa el diagnóstico preoperatorio está relacionado con una enfermedad coronaria, coincidente con los diagnósticos I255 cardiomiopatía isquémica y I251 enfermedad aterosclerótica del corazón, sin embargo, es claro

que el procedimiento quirúrgico se efectuó en el año 2013, en aras de dar manejo a tales diagnósticos siendo aquello lo que al parecer generó la continuidad en la vinculación, sin embargo, después de aquella intervención transcurrieron mas de 2 años sin que se hubiesen allegado incapacidades u otros documentos médicos que dieran cuenta de la continuidad de algún tratamiento al actor, nótese como incluso la testigo Angie Karina Neubal Torres indicó que a su padre solo se le concedieron incapacidades para la recuperación de la cirugía y la testigo Myriam Jenny Castro Ávila señaló que no tuvo conocimiento sobre el particular.

En esa medida, se tiene que no era claro el estado de salud del actor, ni el conocimiento que tenía la demandada sobre el particular para la fecha de terminación del contrato, así como tampoco se acreditó que alguna de las afecciones padecidas afectara su desempeño laboral, razones por las cuales se confirmara la decisión del a quo, en tanto que no está probada una condición especial de salud para la fecha de terminación del contrato y mucho menos que ello implicara una limitación o restricción para el cumplimiento de las funciones regulares que venía desarrollando; nótese como incluso el mismo actor reconoció en el interrogatorio de parte absuelto que para la fecha de terminación del contrato no contaba con incapacidades y tampoco se le había expedido recomendaciones en forma escrita.

De igual forma, debe mencionarse que al haberse producido la terminación de la obra o labor para la que fue contratado el señor Rafael Enrique Neubal y solo haberse mantenido la vinculación en razón de la condición de salud presentada por el actor para el momento que finalizó la obra se considera que había operado un causal objetiva de terminación del contrato y en todo caso a juicio de esta sala resulta válida la postergación de la terminación del contrato hasta que el trabajador superara la incapacidad que le había sido expedida o no presentara limitación para el desempeño de las labores que venía ejecutando, razones por las que tampoco resulta procedente el pago de la indemnización por despido injusto.

Por las resultas del proceso, se hace innecesario abordar el análisis de lo relacionado con la solidaridad pretendida frente a la empresa Aguas de Bogotá S.A. E.S.P. y los perjuicios reclamados.

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:

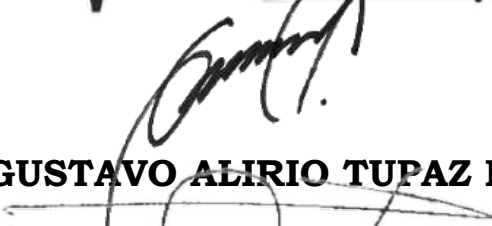
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia expedida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

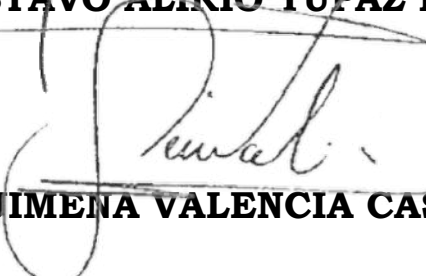
SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR FLOR ELMIRA
ESTUPIÑAN AVILA CONTRA SEGUROS DE VIDA ALFA S.A.
– VIDA ALFA S.A.**

RADICADO: 11001 3105 016 2019 00496 01

Bogotá D. C., Veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro
(2024).

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 Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 9 de marzo de 2022, en donde se absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones formuladas por la demandante.

El recurso de apelación tiene por objeto la revocatoria de la decisión y en su lugar se conceda el reconocimiento de la sustitución pensional de su hija.

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

I. ANTECEDENTES

La actora formuló demanda con el objeto que se ordenará el reconocimiento y pago de la sustitución pensional en calidad de madre dependiente de la señora Carol Lizeth Bejarano Estupiñan, a partir del 6 de octubre de 2015, junto con los reajustes y mesadas adicionales, a los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a la indexación de las sumas y al pago de las costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones, en síntesis y para lo que interesa al proceso en que es la madre de Carol Lizeth Bejarano Estupiñan (Q.E.P.D.); que siempre convivió con su hija y la asistió en su enfermedad; que su hija contribuyó pecuniariamente en forma continua y permanente hasta su deceso, proveyéndole vivienda, alimentación, vestuario y salud, asumiendo el 80% de los gastos del hogar; que su hija no contrajo nupcias ni convivió en unión marital de hecho, tampoco procreó hijos; que Carol Lizeth falleció el 6 de octubre de 2015; que se presentó a reclamar ante la aseguradora Vida

Alfa a reclamar la pensión de sobrevivientes, no obstante, mediante comunicación del 12 de octubre de 2016, se negó el derecho porque no se encontró acreditada la dependencia económica en razón a que tenía sociedad conyugal vigente y que el 17 de junio de 2019, nuevamente se presentó solicitud sin embargo fue negada nuevamente.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Seguros de Vida Alfa S.A., contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptó algunos hechos y refirió que no le constaban los restantes. El fundamento fáctico y legal de su oposición radicó en que la actora no acreditaba el requisito de dependencia económica frente a su hija Carol Lizeth Bejarano Estupiñan, en atención a que la actora junto al señor Jorge Alberto Bejarano Martín eran casados con sociedad conyugal vigente por consiguiente la dependencia se predicaba de su esposo y no de la afiliada fallecida, además que el señor Bejarano Martín percibía una pensión de vejez otorgada por Colpensiones. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, falta de causa, inexistencia de dependencia económica, buena fe e innominada o genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 9 de marzo de 2022, el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

PRIMERO: ABSOLVER a la demandada seguros de Vida Alfa S.A. de todas y cada una de las pretensiones que fueron incoadas en su contra por la señora demandante FLOR ELMIRA ESTUPIÑÁN ÁVILA, identificada con cédula de ciudadanía número 23.551.634 razón por la cual se niegan las pretensiones de demanda.

SEGUNDO: SE DECLARA PROBADA excepción de inexistencia de la obligación alegada por el extremo demandado y por el resultado de la litis se abstiene el despacho de pronunciamiento sobre los demás medios exceptivos.

TERCERO: SE CONDENA EN COSTAS de la instancia a la parte actora, practíquese la liquidación por secretaría incluyendo el monto de doscientos cincuenta mil pesos moneda corriente (250.000 M/CTE) como valor de las agencias en derecho.

Como fundamento de la decisión, el juzgado argumentó que atendiendo lo expuesto en sentencia C-111 de 2006, tratándose de la pensión de sobrevivientes cuando los beneficiarios eran los padres del causante lo que debía acreditarse era que estos dependían económicamente del hijo(a) afiliado(a) o pensionado(a), precisando que en este asunto estaba acreditado que la actora era la progenitora de Carol Lizeth Bejarano Estupiñán y que la misma falleció el 6 de octubre de 2015, cuando ya ostentaba la condición de pensionada por invalidez.

En cuanto a la acreditación de la dependencia económica, se mencionó que no se allegó mayor soporte probatorio, mencionando que en el interrogatorio de parte la actora reconoció que convivía con su esposo y sus 3 hijos, contraviniendo lo indicando en la misma demanda respecto a que convivía con su hija, que no se probó que la causante le suministrara vivienda, alimentación, vestuario y salud o que asumiera el 80% de los gastos del hogar, en tanto que ni se demostró cuáles eran los gastos del hogar, deudas u obligaciones para verificar la dependencia económica;

adicionalmente del histórico de cotizaciones de la causante que de manera oficiosa que se solicitó a Porvenir, estos reflejaban que los valores sobre los que se cotizó eran levemente superiores al SMMLV no obstante, de ello per se no era factible colegir cuales eran los gastos personales y cuáles del hogar y que los testimonios recibidos solo manifestaron que la propia actora les contaba que su hija le daba una ayuda económica, aspecto que también se registró en la investigación efectuada por la firma Setei, concluyendo que la actora recibía un apoyo económico de su hija pero no dependía de la afiliada.

En ese orden concluyó, que en este asunto no estaba demostrada la dependencia económica en los términos contemplados en la sentencia C-111 de 2006, razón por la cual absolvió de las pretensiones y declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación.

IV. RECURSO DE APELACION

El apoderado de la demandada interpuso recurso de apelación con el objeto de que se revocara la sentencia, sustentando en la alzada y en sus demás argumentaciones, en síntesis, lo siguiente:

Que no estaba de acuerdo con la decisión porque en su sentir si se demostró la dependencia económica de parte de la causante con respecto de la aquí demandante puesto que tanto en el interrogatorio de parte, como con la documental

allegada y los testimonios recibidos que fueron claros, concretos y espontáneos de donde se desprendía que con los ingresos que recibía la actora con ocasión de la mesada pensional que devengó la causante hasta el momento de su fallecimiento era de vital ayuda ya que se distribuían los mismos no solo para el cuidado personal de su hija Karol Lizeth sino también para los gastos del hogar pagando servicios, efectuando mercado y sus gastos propios y básicos de manutención; afirmando que por causa de la falta de ese apoyo económico tuvieron que entrar en aún más necesidades económicas llegando inclusive a hacer préstamos que siguen tratando de solventar, debiendo incluso trasladarse a un municipio donde las condiciones fueran más favorables, destacando que con el salario y mesada pensional que venía devengando la causante al menos lograban solventar de manera básica todos los gastos y obligaciones que se tenían por parte del núcleo familiar ya que los ingresos que recibía el resto de la familia con quien compartía la causante no eran suficientes.

V. CONSIDERACIONES

Precisado lo anterior y atendiendo lo consagrado en el artículo 66 A del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente ordenar el reconocimiento y pago de la sustitución pensional a la señora Flor Elmira Estupiñán Ávila y en caso afirmativo analizar las demás pretensiones derivadas de ello.

En primer lugar, debe indicarse que no existe discusión en los siguientes puntos: i) que la señora Carol Lizeth Bejarano Estupiñan, se encontraba recibiendo el pago de pensión de invalidez bajo la modalidad de renta vitalicia contratada con Vida Alfa S.A. previo a su deceso; ii) que la señora Bejarano Estupiñan falleció el 6 de octubre de 2015 y iii) que la señora Flor Elmira Estupiñan Ávila es la madre de Carol Lizeth Bejarano Estupiñan.

Bajo los supuestos fácticos del asunto, el derecho reclamado se regula por la Ley 100 de 1993 y las modificaciones introducidas a la misma por la Ley 797 de 2003, toda vez que la muerte de la señora Carol Lizeth Bejarano Estupiñan, ocurrió en vigencia de dicha normatividad (6 de octubre de 2015).

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

“Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

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

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

(...)

De conformidad con lo señalado en la norma antes mencionada, la situación fáctica que se analiza se enmarca

dentro del numeral 1° de la preceptiva legal citada, pues la causante tenía la condición de pensionada.

A su turno, la norma para definir los beneficiarios de la prestación que se reclama, es el artículo **47 de la Ley 100 de 1993**, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, y en lo que interesa al caso, establece que:

“Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

(...)

*d) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, **serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de este;** (Subrayas y negrita fuera de texto)*

(...)”

Realizadas las anteriores precisiones, y descendiendo al caso objeto de análisis, se tiene que encontrándose acreditado que la actora es la madre de la causante, se analizara lo relacionado con la dependencia económica de aquella respecto de su hija.

A efectos de entender el concepto de dependencia económica señalado en la norma, resulta pertinente traer a colación lo expuesto por nuestro órgano de cierre en la sentencia SL3129-2023, en donde señaló:

“(...)”

Igualmente, la Corporación resaltó que esta exigencia debe analizarse conforme las circunstancias de cada caso particular y concreto, para que el juzgador establezca si los ingresos que reciben los progenitores tienen la virtualidad de hacerlos autosuficientes desde el punto de vista financiero, al permitirles la satisfacción de sus necesidades dignamente.

La Sala también precisó que no cualquier contribución tiene la capacidad de hacerlos beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, pues para ello, es indispensable que dependan económicamente de aquel. Al respecto, es importante resaltar que los aportes, si bien no tienen que ser totales o absolutos, esto no significa que:

[...] cualquier estipendio que se le otorgue a los familiares pueda ser tenido como prueba determinante ser beneficiario de la pensión, pues esa no es la finalidad prevista desde el inicio, ni menos con el establecimiento en el sistema de seguridad social, cuyo propósito, se insiste, es servir de amparo para quienes se ven desprotegidos ante la muerte de quien les colaboraba realmente a mantener unas condiciones de vida determinadas [...] (CSJ SL4811-2014).

Igualmente, advirtió que la circunstancia de que existan otras ganancias o rentas en favor de los padres del fallecido no excluye su derecho a obtener la prestación. La única condición que debe cumplirse es que esos ingresos no sean suficientes para garantizar su supervivencia en condiciones mínimas, dignas y decorosas (CSJ SL386-2023).

Lo anterior, en armonía con lo señalado por esta Sala, entre otras, en la sentencia CSJ SL1759-2020, en la que se dijo:

“Y la circunstancia que independientemente de la posterior declaración de inexequibilidad contenida en la sentencia C-111 del 22 de febrero de 2006, el ad quem a re[n]glón seguido haya estimado que pese a lo consagrado originalmente en el citado literal d) del artículo 13, que incorporó al ordenamiento la expresión ‘total y absoluta’, debía entenderse que la dependencia allí exigida no podía tener tal connotación, en la medida que en su sentir aquella se configura cuando los beneficiarios de la prestación, no son autosuficientes económicamente así tengan un ingreso o patrimonio, y cuando para poder subsistir dignamente ‘se hallan supeditados al ingreso proveniente del de cujus’; tampoco esas aserciones constituyen un error jurídico, dado que tales razonamientos están acordes a los parámetros jurisprudenciales que de tiempo atrás la Sala de Casación Laboral ha adoctrinado sobre esta precisa temática, antes y después de la expedición de la norma de marras, e incluso mientras estuvo en vigor el enunciado ‘de forma total y absoluta’, en el sentido de que el requisito de la dependencia económica, está concebido bajo el presupuesto de la subordinación de los padres en relación con la ayuda pecuniaria del hijo para poder subsistir, con la precisión de que ‘no descarta que aquellos puedan recibir un ingreso adicional fruto de su propio trabajo o actividad, siempre y cuando éste no los convierta en autosuficientes económicamente, desapareciendo así la subordinación que predica la norma legal’, como se puede ver en la sentencia del 11 de mayo de 2004 radicado 22132, reiterada en decisiones del 7 de marzo de 2005 y 21 de febrero de 2006 con radicación 24141 y 26406 respectivamente.

Así las cosas, al contrario de lo que asevera la censura, en ningún momento el Tribunal pasó por alto el condicionamiento que introdujo la mencionada disposición legal, lo que ocurrió fue que a la misma le impartió una inteligencia y alcance, que por lo atrás dicho, se aviene a

su genuino y cabal sentido, interpretación que se repite, en últimas coincide con la postura inveterada de la Corte.

“Adicionalmente, cabe agregar que como también lo ha expresado la Sala, esa dependencia económica en los términos que se acaban de delinear, indudablemente se erige como una situación que sólo puede ser definida y establecida para cada caso concreto, pues si los ingresos que perciben los padres fruto de su propio trabajo o los recursos que éstos obtengan de otras fuentes, son suficientes para satisfacer las necesidades básicas o relativas a su sostenimiento, no se configura el presupuesto de la norma para poder acceder al derecho pensional, y es por esto, que se ha puntualizado jurisprudencialmente que la mera presencia de un auxilio o ayuda monetaria del buen hijo, no siempre es indicativo de una verdadera dependencia económica, y en esta eventualidad no se cumpliría las previsiones señaladas en la ley.

A su vez, la Corporación señaló que, para demostrar el requisito exigido por la norma, no es necesario que se realice un cálculo detallado de los gastos de los padres del causante, pues basta con acreditar la subordinación financiera:

Asimismo, no puede dejarse de lado que la aseveración que sobre los gastos familiares hagan los reclamantes solo constituye un estimado económico subjetivo de un consumo aproximado, cuya cuantificación se calcula a priori, sin que ello represente, en estricto sentido, una afirmación pormenorizada o rigurosa de las cargas reales que imponen el sostenimiento de un hogar (CSJ SL2022-2021).

(...)”.

De acuerdo con el pronunciamiento antes citado, se tiene que se deben analizar las circunstancias de cada caso particular y concreto, puntualizándose que si bien la dependencia económica no debe ser total ni absoluta, lo cierto es que si los ingresos que perciben los padres fruto de su propio trabajo o los recursos que éstos obtengan de otras fuentes son suficientes para satisfacer las necesidades básicas o relativas a su sostenimiento, no se configura la dependencia económica, dado que la sola ayuda económica del buen hijo no es indicativa de esta.

Verificadas las pruebas allegadas y practicadas al plenario se evidenció que la actora en el interrogatorio de parte rendido

manifestó que era contadora publica de estado civil casada con el señor Jorge Alberto Bejarano Martin y tuvo 4 hijos, señaló que en el tiempo en que su hija estuvo enferma no estuvo trabajando pero actualmente llevaba asesorías, asimismo, al consultársele con quien convivía para el momento del fallecimiento señaló que con su esposo y sus hijos, salvo la mayor que ya estaba casada, señaló que su hijo estudiaba ingeniería civil y trabajaba para sus gastos y la menor es discapacitada “Síndrome de Down”, también aceptó que su esposo era pensionado por Colpensiones (2014) y que para ese momento como habían tantos gastos su esposo también se desempeñaba ocasionalmente como conductor de tractomula, pero igualmente esos ingresos no alcanzaban para solventar todos los gastos en especial con la situación de su hija; adujo que su hija de su salario le tenía una mensualidad para los gastos de la casa y cuando se enfermó ella le dio su tarjeta de la pensión para los gastos de ella (causante) y los gastos de la casa y aun así como la situación estaba muy difícil les ayudaban otros familiares.

De igual forma, aceptó que estaba como beneficiaria en salud de su esposo por la mesada, señaló que tuvieron que sacar préstamos para poder subsumir los gastos para la enfermedad de la causante, puesto que no les alcanzaban los ingresos de su esposo para responder por los gastos del hogar y tenían que acudir incluso a sus padres y amigos. Asimismo, indicó que para el momento del fallecimiento de la causante residían en Bogotá y que la mesada que recibía su esposo era

para pagar la cuota de esa vivienda y por eso era que no les alcanzaba.

Igualmente, se recibieron los testimonios de las señoras Ana Isabel Perdigón Flórez y Ana Clovis Tapiero Gómez, fueron contestes en señalar que conocen de vieja data a la demandante ya que forjaron una buena amistad con la misma superior a los 20 años, siendo que vivían cerca y sus familias eran cercanas, dieron cuenta de la fecha de fallecimiento de la causante y señalaron que la actora para el momento del fallecimiento de la causante convivía con su esposo y 3 hijos (Fernando “estudiante”, Carol “causante” y Gina “discapacitada”), adujeron que el señor Jorge ya era pensionado y a veces salía a trabajar precisando que se desempeñaba como conductor de tractomula, mencionado que el ingreso recibido por ello era usado en una parte mínimo porque tenían que pagar cuotas de préstamos y los gastos de la hija Carol Lizteh, también adujeron que la causante le daba a la mamá un aporte económico para sus medicamentos y gastos del hogar y que eso les constaba por lo que la demandante así se los comentó (Ana Isabel) y porque una vez evidencio que Carol le dio un dinero a la señora Flor Elvira, esta le pidió que la acompañara a hacer mercado.

Asimismo, dentro de las documentales allegadas por la demandada obra la Resolución No. GNR 302551 del 29 de agosto de 2024, en la que se efectuó el reconocimiento de la pensión de vejez en favor del señor Jorge Alberto Bejarano Martin a partir del 1° de septiembre de 2014, en cuantía

inicial de \$1.292.327, igualmente, obra certificado del Fosyga en el que se observa que la actora figura en calidad de beneficiaria en salud de su esposo señor Jorge Alberto Bejarano Martin.

Las anteriores pruebas nos conducen a concluir que el ingreso para el sostenimiento del hogar de la actora provenía de diversas fuentes, esto es, de la pensión que recibía el señor Jorge Alberto Bejarano Martin (esposo de la actora y padre de la causante) y de la prestación de servicios que el mismo desplegaba ocasionalmente como conductor de tractomula, así como de los aportes que hacia la causante y aportes de otros familiares, sin embargo, no es factible establecer que el aporte que se efectuaba por Carol Lizteh Bejarano le permitiera satisfacer las necesidades básicas o de sostenimiento de la señora Flor Elmira Estupiñán.

En este punto, conviene recordar que si bien en el interrogatorio de parte absuelto por la actora, esta afirma que recibía una mensualidad de parte de su hija, debe tenerse en cuenta que para que exista confesión en los términos reconocidos en la jurisprudencia, entre ellas, en la sentencia SL2436-2021, se requiere que lo manifestado verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria, de suerte que lo expuesto en su favor constituye una simple declaración que requiere prueba.

Sobre el particular, aunque las testigos adujeron que Carol Lizeth Bejarano, efectuaba un aporte económico a su madre, lo cierto es que ello le consta a la señora Ana Isabel Perdigón por lo que le contó la misma actora, es decir, frente a este aspecto fue una testigo de oídas y la señora Ana Clovis Tapiero porque una vez presencio que Carol le dio dinero a su madre para un mercado, situaciones que impiden determinar una dependencia económica de aquella respecto de su hija, pues tales hechos no dan cuenta de que tal apoyo fuera constante.

Nótese además como la actora adujo que el ingreso percibido por su hija ascendía al SMMLV, lo que se compadece con el histórico de cotizaciones allegado por Porvenir S.A., sin embargo, no se acreditó la proporción destinada a los gastos personales y su contribución para los gastos del hogar, especialmente cuando de las pruebas allegadas se desprende que la enfermedad padecida por la causante venia de tiempo atrás y en todo caso pese a que se adujo que los ingresos del esposo principalmente estaban encaminados a subsumir los préstamos o créditos adquiridos para pagar la vivienda tampoco se allegó soporte de ello.

En esa medida no encuentra esta sala de decisión, que se hubiese acreditado el requisito de dependencia económica y por tanto se procederá a confirmar la decisión de primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia expedida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 9 de marzo de 2022, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

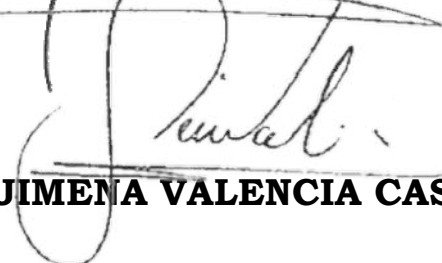
SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR LIGIA GIRALDO
SIERRA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES – COLPENSIONES**

RADICADO: 11001 3105 020 2021 00075 01

Bogotá D. C., Veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 19 de enero de 2022 y a revisar la misma en grado jurisdiccional de consulta. La sentencia condenó a Colpensiones al reconocimiento y pago de la

sustitución pensional post mortem junto con los incrementos legales y mesada adicional.

El recurso de apelación tiene por objeto de una parte que se acceda al pago de la pensión en 14 mesadas y al reconocimiento de intereses moratorios y de otra a la revocatoria de la decisión y a la absolución de Colpensiones.

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

I. ANTECEDENTES

La demandante formuló demanda con el objeto que se declarara que tenía derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes o post mortem con ocasión del fallecimiento de su cónyuge señor Cesar Humberto Herrera Velásquez siendo que conservó el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ya que a la fecha de entrada en vigencia del acto legislativo 01/05 contaba con 1092,26 semanas cotizadas, en consecuencia, se ordenara el reconocimiento pensional, junto con el pago de intereses moratorios, la indexación de las sumas y lo que resultare probado ultra y extra petita.

Sustentó sus pretensiones, en síntesis y para lo que interesa al proceso en que contrajo matrimonio con el señor Cesar Humberto Herrera Velásquez, el 5 de octubre de 1979; que la convivencia entre la pareja se dio por espacio de 35 años y fruto de la misma nacieron 2 hijos Angélica María e

Iván Darío Herrera Giraldo; que el señor Herrera Velásquez, era quien le proporcionaba su manutención hasta el fallecimiento del mismo el cual acaeció el 10 de agosto de 2011 y que el mencionado señor dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes Post Mortem conforme a los artículos 25 y 34 del Ado. 049/90, siendo que revisadas las afiliaciones y cotizaciones que debieron efectuar sus patronos ello arrojaba un total de 1092,26 semanas cumpliendo con el número de semanas exigidas para obtener la pensión, en aplicación del principio de favorabilidad y condición más beneficiosa.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Colpensiones, contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptó algunos hechos, negó otros y refirió que no eran hechos los restantes. El fundamento fáctico y legal de la oposición radicó en que el señor Herrera Velásquez (Q.E.P.D.) no dejó causado el derecho pensional deprecado, pues de su historia laboral se desprendía que arribó a 1.003,43 semanas cotizadas, las cuales resultaban insuficientes para acceder a la pensión solicitada si se tenía en cuenta que el causante había perdido el derecho a ser beneficiario del régimen de transición. Propuso entre otras las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción y compensación.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 19 de enero de 2022, el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que el señor CESAR HUMBERTO HERRERA VELAZQUEZ (q.e.p.d.), quien al momento del fallecimiento fuera beneficiario del régimen de transición establecido en la ley 100 de 1993, dejó causado el derecho pensional POST MORTEM a partir del 10 de agosto de 2011, en cuantía inicial de \$659.669 mensuales en los términos del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: DECLARAR que la señora LIGIA GIRALDO SIERRA es beneficiaria de sustitución pensional POST MORTEM a partir del 10 de agosto de 2011, en los términos del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, con ocasión al fallecimiento del señor CESAR HUMBERTO HERRERA VELAZQUEZ de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de PRESCRIPCIÓN propuesta por la demandada COLPENSIONES, respecto de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 2 de febrero de 2018, inclusive, de conformidad a lo considerado en esta providencia.

CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES al PAGO de la sustitución de la pensión POST MORTEM a favor de la señora LIGIA GIRALDO SIERRA, en calidad de conyugue con ocasión al fallecimiento del señor CESAR HUMBERTO HERRERA VELAZQUEZ, a partir del 2 de febrero de 2018, inclusive; junto con los reajustes año por año, y la mesada adicional, debidamente indexado mes por mes hasta el momento del pago conforme al I.P.C. certificado por el DANE.

QUINTO: ABSOLVER a la demandada Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, de las demás pretensiones en su contra, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: COSTAS. Lo serán a cargo de la parte demandada COLPENSIONES y a favor de la demanda. Tásense por secretaría, incluyendo como agencias en derecho el equivalente a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes.”

Como fundamento de la decisión, el juzgado encontró que como el causante contaba con 40 años de edad al 1° de abril de 1994 y que a la fecha de expedición del acto legislativo 01 de 2005 contaba con más de 750 semanas cotizadas había conservado el régimen de transición hasta el 31 de diciembre de 2014, precisando frente al total de semanas cotizadas que luego de verificadas las historiales laborales y el expediente administrativo allegado, encontró que el señor Cesar Humberto Herrera Velázquez, acreditaba 1004,86 semanas cotizadas, por lo que se había dejado causado el derecho

conforme al acuerdo 049 de 1990 (que exigía 1000 semanas cotizadas en cualquier tiempo), como quiera que la muerte habilitó la edad para el reconocimiento pensional.

Acto seguido y luego de valorar los testimonios recibidos concluyó que la actora era la única beneficiaria del derecho pensional post mortem y dado que se había dejado causado el derecho, procedió a efectuar el reconocimiento en cuantía inicial de \$659.669, a partir del 10 de agosto 2011; no obstante, como se había propuesto la excepción de prescripción debía tenerse en cuenta que como la reclamación en este asunto se presentó en el año 2013, la cual fue resuelta en resolución expedida en el año 2014 y dado que la demanda se presentó hasta el 3 de febrero de 2021, había operado la prescripción de las mesadas anteriores al 2 de febrero de 2018. En cuanto a los intereses moratorios, se indicó que se absolvería de los mismos, por cuanto el derecho reconocido tenía fundamento jurisprudencial y en estas situaciones no había lugar a su reconocimiento, en su lugar ordenó la indexación de las sumas.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

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

El **apoderado de la parte actora**, manifestó que estaba de acuerdo con el reconocimiento de la prestación, sin embargo, no se indicó en cuantas mesadas habría de reconocerse la

prestación considerando que en este caso ello debía efectuarse en 14 mesadas; asimismo mencionó respecto de los intereses moratorios que los mismos procedían para toda clase de pensiones y que no eran incompatibles con la indexación.

Por su parte, la **apoderada de Colpensiones**, pretendió la revocatoria de la decisión, pues alude que de una parte respecto a la corrección de la historia laboral que las únicas semanas cotizadas que se encontraban acreditadas eran las que obraban en el expediente administrativo y de otra que en todo caso el señor Herrera Velásquez no dejó causado el derecho ya que no cumplía con los requisitos para ser beneficiario del régimen de transición, por lo que la pensión de sobrevivientes debía analizarse a luz de la Ley 797 de 2003 y dado que era claro que el mismo no cotizó 50 semanas en los 3 años anteriores a su deceso no se acreditaban los requisitos para su concesión, destacando además que la solicitud de condición más beneficiosa tampoco podía aplicarse dado que la jurisprudencia de la C.S.J., S.C.L., contemplaba que existía un límite temporal para poder aplicar la condición más beneficiosa y ese no se cumplía en este caso.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes solicitada bajo los presupuestos del Acuerdo 049 de 1990, en virtud del principio de la condición más beneficiosa.

No es objeto de controversia, que la actora y el señor Cesar Humberto Herrera, contrajeron matrimonio el 5 de octubre de 1979, tampoco que el mencionado señor falleció el 10 de agosto de 2011 y que Colpensiones, negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes reclamada por cuanto si bien el causante contaba con 1003,43 semanas cotizadas no había dejado causado el derecho por cuanto cotizó 0 semanas dentro de los 3 años anteriores al fallecimiento, es decir, entre el 11 de agosto de 2008 y el 10 de agosto de 2011.

Bajo los supuestos fácticos del asunto, en principio se tendría que el derecho reclamado se regula por la **Ley 100 de 1993, con las modificaciones introducidas por la Ley 797 de 2003**, toda vez que la muerte del señor Cesar Humberto Herrera Velázquez, ocurrió en vigencia de dicha normatividad, la cual en su **artículo 47¹** (Modif. Art. 13 L. 797/2003) enlista a la cónyuge como beneficiaria, calidad que detenta la actora y que no es objeto de reparo en este caso como se mencionó en precedencia.

En lo que tiene que ver con los requisitos de cotización para haber dejado causado el derecho se tiene que el **artículo 46** (Modif. Art. 12 L. 797/2003) establece:

“ARTÍCULO 46. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. *Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:*

¹ “ARTICULO 47. *Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:*

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

(...)”

1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y,

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

Precisado lo anterior, se procedió a analizar el expediente administrativo allegado por Colpensiones a efectos de verificar el reporte de semanas cotizadas del causante, advirtiendo que el consolidado de semanas cotizadas contempla como **último periodo de cotización el de marzo del año 2000.**

Como se aprecia, el causante no cumplía con los requisitos establecidos en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, pues no se encontraba cotizando para la fecha de su fallecimiento ni tampoco cumplía con el requisito de cotización de 50 semanas en los 3 años anteriores a la muerte, por lo que en esos términos no acreditaba los requisitos para haber dejado causado el derecho.

Sin embargo, no se puede desconocer el acumulado de semanas cotizadas presentadas por el afiliado (1003,43 semanas) por lo que en forma previa a analizar la aplicación de la condición más beneficiosa se verificara si el señor Cesar Humberto Herrera era beneficiario del régimen de transición dado que el principio aludido solo opera a falta de este, considerando las previsiones establecidas en el parágrafo 1 del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, que señala “*Cuando un afiliado haya cotizado el número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima en tiempo anterior a su fallecimiento, sin que haya tramitado o recibido una indemnización*

sustitutiva de la pensión de vejez o la devolución de saldos de que trata el artículo 66 de esta ley, los beneficiarios a que se refiere el numeral 2 de este artículo tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes, en los términos de esta ley.”

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

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

es, al 22 de julio de 2005, a quienes se les mantendría el régimen hasta el 31 de diciembre de 2014.

Precisando lo anterior y dado que el causante nació el 30 de noviembre de 1953, conforme da cuenta la resolución No. GNR 7555 de 2014 obrante en el expediente, se tiene que el señor Cesar Humberto Herrera contaba con 40 años para la entrada en vigencia del sistema general de seguridad social (1° de abril de 1994), por lo que en principio era beneficiario del régimen de transición, sin embargo, cumpliría los 60 años de edad hasta el 30 de noviembre de 2013 (edad exigida en la normatividad anterior Art. 12 Dto. 758/90) y dado que se acreditan más de las 750 semanas requeridas al 22 de julio de 2005, se tiene que el actor había conservado el régimen de transición hasta el 31 de diciembre de 2014, no obstante, el fallecimiento se produjo el 10 de agosto de 2011.

En este punto conviene recordar que nuestro órgano de cierre en sentencia SL326-2024, señaló que la muerte habilita el requisito de edad, como se observa a continuación:

“(...) frente al reparo de la entidad apelante respecto a que, dado que el causante nació en el 3 de marzo de 1955 (f°. 14), los 60 años de edad los cumpliría el mismo mes y año el 2015, esto es, vencido el plazo máximo para aplicar el régimen de transición en atención al Acto Legislativo 01 de 2005; es importante recordar que de manera pacífica la jurisprudencia ha establecido que la muerte habilita el requisito de edad.

Sobre este asunto en un caso análogo en el que se analizó el cumplimiento de la densidad de semanas de cara a lo regulado por el parágrafo 1 del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, respecto de un afiliado que falleció sin haber cumplido la edad mínima requerida, debiéndose tomar para el conteo de semanas la fecha del deceso, por cuanto la muerte habilita la edad, en la sentencia CSJ SL17413-2017 se adoctrinó:

En este orden de ideas, fácilmente se puede concluir que el juez colegiado sí incurrió en el yerro que le reprocha el censor, por cuanto hizo una interpretación errónea del parágrafo 1° del artículo 12 de la L. 797/03, al darle un alcance o intelección contraria a su fin teleológico, toda vez que, según su argumentación, tomó como punto de

referencia el «cumplimiento de la edad», para efectos de contabilizar las semanas requeridas para acceder a la pensión, esto es, los 60 años, que sería el 26 de octubre de 2007, cuando el afiliado falleció el 6 de mayo de 2003, siendo esta última fecha, la del deceso, la que para estos casos debe tomarse para efectuar el conteo de las semanas exigidas para dejar causado el derecho pensional, puesto que la aludida disposición expresamente indica: «que el afiliado haya cotizado el número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima en **tiempo anterior a su fallecimiento**».

Lo anterior significa entonces que, la contabilización de las 500 semanas que exige el literal b) del artículo 12 del A. 049/90 aprobado por el D. 758 de esa misma anualidad, para acceder a la pensión de vejez, disposición a la que remite el aludido parágrafo, de la cual era beneficiario el asegurado, como ya se ha dicho, debe efectuarse desde cuando el causante falleció, puesto que, como de manera reiterada lo ha sostenido esta Sala, la muerte habilita la edad para estos casos.

(Negritas del texto original y subrayado de la Sala).

En igual sentido, en decisión CSJ SL, 17 abr. 2012, rad. 42488, la Corte, al resolver un asunto donde el afiliado falleció sin haber cumplido la edad requerida para el reconocimiento de la pensión de vejez bajo los lineamientos del Acuerdo 049 de 1990, pero contando con la densidad de cotizaciones que trae la norma, se les reconoció a sus beneficiarios la «pensión de sobrevivientes», por cuanto constató el cumplimiento de las 1000 semanas al momento del deceso. Al respecto se dijo:

Primeramente cabe anotar, que el Tribunal en ningún momento desconoció lo regulado por el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, como tampoco que la causante no tenía cotizadas 26 semanas en el año inmediatamente anterior al momento del fallecimiento, sino que estimó que las 1.156 semanas de cotización que ésta tenía acumuladas durante toda su vida laboral, eran más que suficientes para dejar causado el derecho a la pensión de sobrevivientes a favor de sus beneficiarios, pues superó las 1.000 semanas exigidas por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 para poder obtener la pensión de vejez, quedando pendiente solo el cumplimiento del requisito de la edad para su disfrute, lo cual se vio frustrado por el hecho inexorable de la muerte que habilita la condición de la edad, no pudiendo en estas circunstancias dejar desprotegida la familia, aún (sic) cuando no se tuviera la exigencia antes referida de la cotización en el último año.

Lo anterior significa, que el Tribunal en ningún momento concedió el derecho pensional en cuestión con los requisitos de los artículos 6 y 25 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 0758 de igual año, según lo da a entender la censura, esto es, por tener la causante 150 semanas cotizadas dentro de los seis (6) años anteriores al fallecimiento o 300 semanas en cualquier época antes de la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993; sino por haber cotizado al sistema general en pensiones más de 1.000 semanas, que eran las exigidas para poder acceder a la pensión de vejez en el año 2002 cuando se produjo la muerte. De ahí que no sea de recibo la argumentación del recurrente, en torno a la aplicación en el caso a juzgar de una norma derogada.

Por lo expuesto, el afiliado fallecido dejó causada la prestación de vejez

bajo el régimen de transición, en los términos del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, lo que habilita a los causahabientes para obtener la pensión de sobrevivientes reclamada conforme al parágrafo 1 del artículo 12 de la Ley 797 de 2003.”

En esa medida, resulta claro como lo determinó el fallador de primera instancia que el señor Cesar Humberto Herrera, dejo causada la prestación de vejez bajo el régimen de transición en los términos del artículo 12 del Decreto 758 de 1990², habilitando así a sus beneficiarios para acceder a la pensión de sobrevivientes.

En ese orden y dado que, en este caso, quien se presentó a reclamar fue la cónyuge se procede a analizar si se acreditan los 5 años de convivencia exigidos por el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, debiéndose recordar que la C.S.J., S.C.L. en la sentencia No. SL1399-2018, indicó: “(...) *En tratándose de la relación del afiliado o pensionado con su cónyuge, esta Corporación ha defendido el criterio según el cual **la convivencia por un lapso no inferior a 5 años puede ocurrir en cualquier tiempo, siempre que el vínculo matrimonial se mantenga intacto***”. (subrayas y negrita fuera de texto).

Descendiendo en el análisis, se aprecia que como documentales relevantes fueron allegadas al proceso declaraciones extra juicio rendidas por las señoras Cecilia

² “**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 (1.0.00) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.**”

Rodríguez Henao, Sandra Milena Franco Ramírez, Cesar Falla Cárdenas, en las cuales refirieron conocer a la pareja conformada por los señores Cesar Humberto Herrera y Ligia Giraldo Sierra de vieja data, manifestando que la señora Giraldo Sierra era la cónyuge del causante y que tal pareja convivió en forma permanente desde el 5 de octubre de 1979 hasta el momento del fallecimiento del señor Herrera, así como que de dicha unión se procrearon 2 hijos Angélica María e Iban Darío Herrera Giraldo, mayores de 25 años e independientes.

De igual forma, debe indicarse que ante el juzgado de conocimiento comparecieron los señores Sandra Milena Franco Ramírez (cuñada de la actora) y Cesar Falla Cárdenas (a rendir testimonio en donde reiteraron lo expuesto en las declaraciones extra juicio y además dieron cuenta que conocen a la pareja de vieja data, que eran una pareja establece y convivieron en el barrio galerías hasta el año 2006, cuando la familia se trasladó a vivir a Estados Unidos, señalándose incluso por la testigo Sandra Milena Franco que conocía la casa de la pareja que quedaba en Dallas en dicho país ya que cada año los visitaba, encontrando así acreditada la convivencia exigida en la norma.

Ahora bien, el reconocimiento de la prestación se efectuara a partir del día 11 de agosto de 2011, es decir, el día siguiente al del fallecimiento del causante y no desde la misma fecha de fallecimiento como señaló por el aquo; sin embargo, el pago será desde el 3 de febrero de 2018, como quiera que la entidad propuso la excepción de prescripción, siendo la fecha de

presentación de la demanda el 3 de febrero de 2021, la que sirvió de base para contabilizar este fenómeno jurídico, en consideración a que la primera reclamación y que interrumpió la prescripción, se efectuó el 15 de julio de 2013, la cual fue resuelta mediante Resolución No. GNR No. 7555 del 13 de enero de 2014, lo que quiere decir, que entre esta última calenda y la radicación de la acción ordinaria transcurrieron más de tres años, de conformidad con lo establecido en el artículo 151 del C.P.T y S.S.

En esa línea, y en aras de verificar la mesada pensional determinada en primera instancia, se solicitó apoyo al grupo de liquidadores de la Rama Judicial, quien procedió a efectuar las operaciones aritméticas para establecer el valor de la primera mesada pensional, encontrando 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
1986	36	2,380	73,45	30,861	\$ 46.472,22	\$ 1.434.195,26	\$ 1.721.034,31
1987	365	2,880	73,45	25,503	\$ 49.554,20	\$ 1.263.804,16	\$ 15.376.283,99
1988	366	3,580	73,45	20,517	\$ 59.378,58	\$ 1.218.255,99	\$ 14.862.723,08
1989	365	4,580	73,45	16,037	\$ 72.731,77	\$ 1.166.408,01	\$ 14.191.297,49
1990	365	5,780	73,45	12,708	\$ 91.383,84	\$ 1.161.270,44	\$ 14.128.790,32
1991	365	7,650	73,45	9,601	\$ 112.760,29	\$ 1.082.646,21	\$ 13.172.195,60
1992	257	9,700	73,45	7,572	\$ 139.252,37	\$ 1.054.441,94	\$ 9.033.052,64
1993	334	12,140	73,45	6,050	\$ 177.016,93	\$ 1.070.996,20	\$ 11.923.757,64
1994	315	14,890	73,45	4,933	\$ 240.000,00	\$ 1.183.881,80	\$ 12.430.758,90
1995	234	18,250	73,45	4,025	\$ 118.934,00	\$ 478.668,62	\$ 3.733.615,23
1996	150	21,800	73,45	3,369	\$ 142.125,00	\$ 478.856,94	\$ 2.394.284,69
1997	180	26,520	73,45	2,770	\$ 167.025,00	\$ 462.593,75	\$ 2.775.562,50
1998	150	31,210	73,45	2,353	\$ 197.601,00	\$ 465.036,64	\$ 2.325.183,19
1999	30	36,420	73,45	2,017	\$ 237.000,00	\$ 477.969,52	\$ 477.969,52
2000	88	39,790	73,45	1,846	\$ 252.040,91	\$ 465.252,70	\$ 1.364.741,24
Total días	3600	Total devengado actualizado a:				2011	\$ 119.911.250,33
Total semanas	514,29	Ingreso Base Liquidación					\$ 999.260,42
Total Años	10,00	Porcentaje aplicado					75%
		Primera mesada					\$ 749.445,31
		Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año				2011	\$ 535.600,00

Como se observa la mesada determinada en esta instancia fue levemente superior a la establecida en primera instancia, no obstante, no se puede empeorar, agravar o perjudicar la

situación del apelante o respecto de la parte en cuyo favor se surtió la consulta conforme se ha expuesto en sentencias como la SL5596-2019, especialmente cuando el valor de la mesada no fue objeto de discusión por la parte actora.

En lo que respecta al reparo efectuado por la parte actora respecto a que la pensión debe reconocerse en 14 mesadas anuales, debe tenerse presente que el pago de la mesada 14, se extinguió por disposición expresa del inciso 8 del artículo 1° del acto legislativo 01 de 2005, que estableció *“Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento”*.

Asimismo, debe precisarse que en el parágrafo transitorio 6o. del acto legislativo aludido, se puntualizó: *“Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8o. del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año”*.

En ese orden de ideas y dado que en este asunto los requisitos para dejar causado el derecho a la prestación acaecieron con la muerte del señor Cesar Humberto Herrera la cual sucedió el 10 de agosto de 2011, se tiene que no se

cumplen los presupuestos para el reconocimiento de la pensión en 14 mesadas anuales.

Finalmente, respecto al reparo presentado respecto a la procedencia de los intereses moratorios, se tiene que conforme a reiterada jurisprudencia de nuestro órgano de cierre, entre ellas, la sentencia SL4300-2021, los intereses deben ser impuestos siempre que haya retardo en el pago de las mesadas pensionales, independientemente de la buena o mala fe del deudor y de las circunstancias particulares que hayan rodeado la discusión del derecho pensional en las instancias administrativas, pues lo que buscan es reparar un perjuicio ante la falta de pago total o parcial de la mesada pensional, no obstante, existen salvedades que exoneran de su imposición cuando se circunscriben a razones atendibles al amparo del ordenamiento jurídico vigente al caso decidido como lo estimo el juez de primera instancia.

No puede pasarse por alto que es criterio pacífico de nuestro Tribunal de Cierre la incompatibilidad de la indexación con el pago de intereses moratorios, dado que la tasa de interés moratorio se calcula a partir del interés bancario corriente, el cual lleva incluida la corrección monetaria, razón demás por la cual no puede accederse al pago de intereses moratorios.

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 los numerales 1° y 2° de la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 19 de enero 2022, bajo el entendido que la fecha a partir de la cual se efectúa el reconocimiento pensional corresponde al 11 de agosto de 2011, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral 3° de la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 19 de enero 2022, bajo el entendido que las mesadas prescritas son las causadas con anterioridad al 3 de febrero de 2018, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia recurrida.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de Colpensiones.

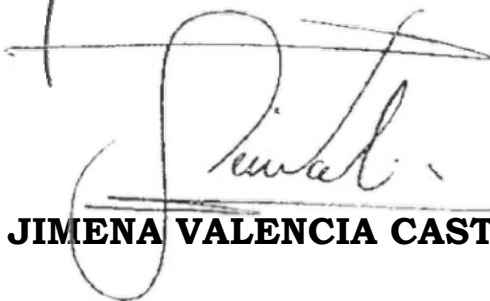
Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

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 LUZ MYRIAM PARDO LADINO
contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.

RADICADO: 110013105 024 2022 00065 01

Bogotá D. C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de Porvenir S.A y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 23 de agosto de 2023.

En esta instancia los apoderados de las partes presentaron alegatos, en los que reiteraron los argumentos expuestos en el trámite de instancia.

I. ANTECEDENTES

La demandante, pretende se declare la ineficacia de la afiliación que realizó a Porvenir S.A., como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a la AFP trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones de los aportes realizados junto con los rendimientos, frutos, intereses y bono pensional si hubiere lugar a ello.

Sustentó sus pretensiones, en que nació del 28 de diciembre de 1962; que cotizó al Régimen de Prima Media en el periodo comprendido entre el 30 de marzo de 1987 hasta el 31 de mayo de 1999, un total de 624 semanas; que se trasladó a Porvenir S.A., el 13 de abril de 1999, sin que dicho fondo privado le hubiera suministrado la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

Como fundamento normativo, la Ley 100 de 1993, los artículos 48, 335 de la Constitución Política, el Decreto 663 de 1993, la Ley 795 de 2003, el Decreto 656 de 1994, el Decreto 720 de 1994, el artículo 1604 del Código Civil, el artículo 167 del Código General del Proceso y las sentencias de la Corte Suprema de Justicia con radicados números 31989 de 2008, 46292 de 2014, 54814 de 2018, 68852 de 2019.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado señalada en la Ley 797 de 2003. Propuso entre otras las excepciones la inoponibilidad de responsabilidad de la AFP, responsabilidad Sui Generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio de sostenibilidad financiera, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la genérica.

Mediante auto del 10 de agosto de 2023, dispuso tener por no constada la demanda por parte de Porvenir S.A.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 23 de agosto de 2023, el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA de la vinculación de la señora LUZ MYRIAM PARDO LADINO al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad

efectuado el 13 abril de 1999 a través de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente fallo.

SEGUNDO: DECLARAR que, para todos los efectos legales, la señora LUZ MYRIAM PARDO LADINO nunca se vinculó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, contrario a ello, siempre estuvo vinculada en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

TERCERO: ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, todo lo que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora LUZ MYRIAM PARDO LADINO, ello significa que debe trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes al fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados conforme a lo motivado.

CUARTO: SIN CONDENA en costas.

QUINTO: En el evento en que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, no interponga recurso de apelación contra la presente decisión, remítase el expediente a la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá para que se surta el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA.”

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

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de Porvenir S.A., interpuso recurso de apelación de forma parcial frente al numeral tercero en lo referente a la indexación de las sumas a retornar a Colpensiones, al considerar que dentro de las obligaciones de las AFP es las de garantizar la rentabilidad mínima de las cuentas de ahorro de los afiliados es incompatible y excluyente, ya que los recursos de la cuenta de ahorro individual no se han visto afectados por el fenómeno inflacionario por el contrario se han generado rendimientos superiores al

que podría garantizar el Régimen de Prima Media, esto de conformidad con pronunciamientos del Tribunal Superior de Cundinamarca y Cali.

La apoderada de Colpensiones interpuso recurso de apelación, al considerar que el traslado que realizó la demandante en el año 1999 goza de plena validez, pues para la fecha de suscripción del formulario de vinculación se encontraba vigente el Decreto 663 de 1993 y el único requisito legalmente exigido es el diligenciamiento del formulario de manera libre y voluntaria que no fue ni desconocido ni tachado de falso por la parte demandante, cumpliéndose de esta manera el deber de información por parte de la AFP; por otro lado, indicó que el declarar la ineficacia del traslado afectaría el patrimonio y la sostenibilidad financiera del sistema del RPM.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

VI. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Porvenir S.A., el 13 de abril 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.

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

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

Finalmente, 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:

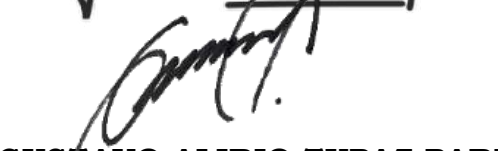
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 23 de agosto de 2023, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

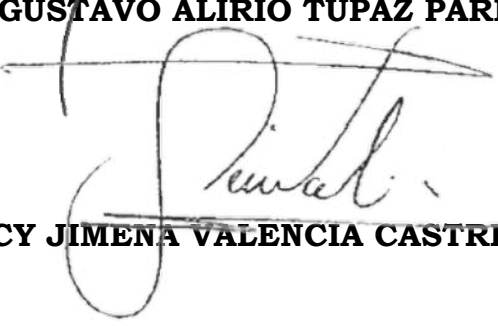
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLON



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO GLADYS YOLANDA ZOTA GARCIA
contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.

RADICADO: 110013105 028 2022 00054 01

Bogotá D. C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de Porvenir S.A y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 18 de septiembre de 2023.

En esta instancia los apoderados de las partes presentaron alegatos, en los que reiteraron los argumentos expuestos en el trámite de instancia.

I. ANTECEDENTES

El accionante, pretende se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación que realizó a Porvenir S.A., como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a la AFP trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones todos los aportes en pensiones realizados como cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora,

junto con todos sus frutos e intereses, como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil junto con los rendimientos que se hubieran causado.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 25 de noviembre de 1964, que inició sus aportes a pensiones desde septiembre de 1985; que cotizó al Régimen de Prima Media un total de 431 semanas; que se trasladó en el mes de febrero de 1999, sin dicho fondo privado le hubiera suministrado la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

Como fundamento normativo, los artículos 1,2,3,4,5,25,38,48,49,53,58 y 150 de la Constitución Política, los artículos 1,21, 31, 36,50,73,74,141,280 de la Ley 100 de 1993, los artículos 1494, 1603 y 1746 del Código Civil, el Decreto 758 de 1990, el Decreto 2158 de 1948, la Ley 161 de 1961, la Ley 712 de 2001.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A, dio contestación a la demanda de la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la afiliación de la demandante se efectuó de forma libre e informada, luego de que la actora recibiera información de manera clara, precisa, veraz y suficiente de acuerdo con las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas y la genérica.

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el traslado de régimen que efectuó la demandante, en virtud de que no se demostró dentro del proceso con las pruebas allegadas la falta al deber de información. Propuso entre otras las excepciones prescripción, caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas, declaratoria de otras excepciones.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 18 de septiembre de 2023, el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora GLADYS YOLANDA ZOTA GARCÍA, al régimen de ahorro individual con solidaridad de fecha 1° de FEBRERO de 1995, por intermedio de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. y, en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado hoy por COLPENSIONES, tal como se dijo en las consideraciones de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a trasladar los aportes pensionales o cotizaciones contenidos en la cuenta de ahorro individual de la señora GLADYS YOLANDA ZOTA GARCÍA identificada con C.C. 39.535.710, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, junto con las sumas recibidas por bonos pensionales, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexado, discriminando con sus respectivos valores el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante con cargo a sus propios recursos, y con destino a COLPENSIONES.

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

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

QUINTO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA a cargo de las demandadas. Se señalan como agencias en derecho la suma de \$1.500.000 a cargo de cada una de ellas y a favor de la parte actora.

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

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

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de Porvenir S.A., interpuso recurso de apelación de forma parcial en lo referente al traslado de los valores de forma indexada, al considerar que con la indexación se busca corregir cualquier pérdida del poder adquisitivo que se pudiera presentar en el tiempo y en el presente caso no se puede hablar devaluación de dichos valores, teniendo en cuenta que siempre se mantuvo una rentabilidad mínima a la demandante en la cuenta de ahorro individual esto de conformidad con pronunciamientos de del Tribunal Superior de Cali y Cundinamarca.

El apoderado de Colpensiones interpuso recurso de apelación, al considerar que no se logró probar que la afiliación realizada por la demandante tuviera vicios del consentimiento como lo son el error y el dolo, se evidencia que la afiliación se realizó de manera libre y voluntaria; resaltó que conforme al artículo 2 de la Ley 797 de 2003, los afiliados no podrán trasladarse cuando les faltaran 10 años para cumplir la edad para tener derecho a la 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, se procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional,

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

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

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

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

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

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

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Porvenir S.A., el 17 de enero de 2000.

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

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

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."

Finalmente, 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 Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 18 de septiembre de 2023, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

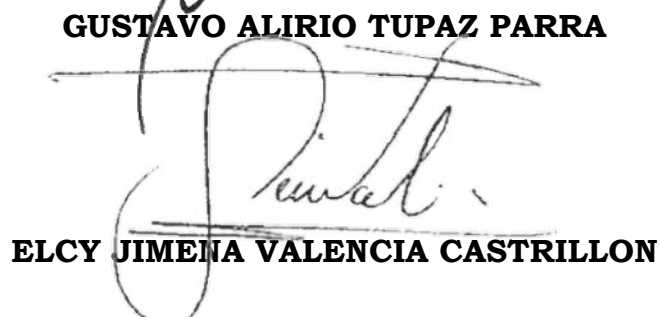
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLON



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR SEGISMUNDO
MORENO DAZA CONTRA INDUSTRIAL AGRARIA LA PALMA
LIMITADA INDUPALMA y ADMINISTRADORA
COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**

RADICADO: 11001 3105 032 2020 00218 01

Bogotá D. C., Veintidós de marzo de dos mil veinticuatro
(2024).

AUTO

Previo a decidir el recurso de apelación interpuesto y teniendo en cuenta que se aceptaron los impedimentos propuestos en su momento por la Dra. Marleny Rueda Olarte y el Dr. Manuel Eduardo Serrano, magistrados integrantes de la que en su momento fue la Sala Sexta de Decisión, se

procede a emitir la decisión con los magistrados que actualmente conforman la Sala Sexta de Decisión Laboral.

SENTENCIA

La Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado tanto por la parte actora como por la demandada Indupalma Ltda., contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 8 de febrero de 2021. La sentencia impugnada condeno a Indupalma Ltda. - en Liquidación-, a pagar el cálculo actuarial del actor por la prestación de servicios personales entre el 28 de octubre de 1977 y el 22 de agosto de 1983, con destino a Colpensiones.

El recurso de apelación de la parte actora tiene por objeto la revocatoria de los numerales 1°. y 3° de la parte resolutive en los que se absolvió de la pensión de vejez y de las costas a Colpensiones, para que en su lugar se imponga el reconocimiento de la pensión de vejez y se impongan las costas.

El recurso de apelación de la parte demandada Indupalma tiene por objeto que se revoque la condena al pago del cálculo actuarial y en su lugar, se absuelva de las pretensiones a Indupalma Ltda.

En esta instancia se allegaron alegatos por la parte actora, en los que reiteró la solicitud de revocatoria de los numerales

1 y 3 de la sentencia, toda vez que el demandante tiene derecho a que le sea reconocida la pensión de vejez, conjuntamente con el reconocimiento y pago del cálculo actuarial como quiera que el actor reúne los requisitos para obtener dicha prestación, teniendo en cuenta el tiempo no cotizado por su empleador.

Igualmente, se recibieron alegatos de parte de Colpensiones, en los que solicito se revocara parcialmente la sentencia de primera instancia emitida por el juzgado 32 laboral del Circuito, únicamente respecto a condena en costas a la entidad demandada, toda vez que como consta en el expediente en ninguna parte de la demanda se observa conducta dilatoria o de mala fe dentro de la actuación surtida dentro del proceso, puntualizando que el cálculo actuarial del que trata la solicitud elevada se origina en la falta del cumplimiento de las obligaciones de Indupalma Ltda. hoy en Liquidación, derivadas de la relación laboral, puntualmente en la falta de afiliación y pago de los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, señalando que se debía interpretar el texto del literal d) del párrafo 1 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

I. ANTECEDENTES

El actor formuló demanda con el objeto de que se declarara y condenara a Indupalma Ltda. hoy en liquidación, al reconocimiento y pago con destino a Colpensiones del cálculo actuarial correspondiente al tiempo laborado sin afiliación ni cotización entre el 28 de octubre de 1973 y el 22 de agosto de

1983 y subsidiariamente al tiempo laborado sin afiliación comprendido entre el 28 de octubre de 1977 y el 22 de agosto de 1983; adicionalmente que tiene derecho a que COLPENSIONES le reconozca y pague la pensión de vejez de que trata el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, a partir del 01 de noviembre de 2019; al pago del retroactivo pensional desde el 01 de noviembre de 2019; a los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993; a la indexación de las sumas, al pago de costas y agencias en derecho ya los derechos que resulten ultra y extra petita.

Fundamentó sus pretensiones, en síntesis y para lo que interesa al proceso, en que prestó sus servicios a la empresa Indupalma Ltda entre el 28 de octubre de 1973 y el 27 de octubre de 1977; que en el acta extraconvencional del 12 de septiembre de 1977, se aceptó computar para la pensión de jubilación el tiempo laborado por los trabajadores al servicio de los contratistas independientes de la empresa que estaban laborado entre julio y agosto de 1977, según listas anexas y del cual era beneficiario; que el tiempo global laborado para la demandada equivale a 3.564 días, es decir 509,14 semanas; que el 22 de agosto de 1983 fue despedido por la demandada; que la demandada no realizó cotizaciones a favor del actor entre el 28 de octubre de 1977 y el 22 de agosto de 1983.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Indupalma Ltda hoy en Liquidación, contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptando algunos hechos, señalando que se oponía a otros y que no le constaban los restantes. El

fundamento factico y legal de su oposición radicó en que el actor laboró para Indupalma, vinculado a través de un contrato a término indefinido, desde 28 de octubre de 1977 hasta el día 22 de agosto de 1983, para un total de tiempo laborado de 5 años 9 meses y 25 días; que el tiempo reconocido por Indupalma al actor a través del acta extra convencional del 12 de septiembre de 1977, únicamente estaba dirigido a computar como tiempo de servicios para la construcción de la pensión de jubilación; prestación que finalmente no se causó; que para el periodo aludido no existía obligación por parte de mi representada, conforme al ordenamiento jurídico vigente a la fecha, de hacer cotizaciones para pensión, toda vez que no había cobertura del sistema que administraba el Instituto del Seguro Social en el municipio de San Alberto en el Departamento del Cesar.

Propuso las excepciones de mérito que denominó: Inexistencia de obligaciones a cargo de Indupalma Ltda en liquidación, falta de título y causa en la demandante, prescripción, buena fe de Indulpama Ltda. en liquidación y las que denomino genéricas.

Por su parte Colpensiones contestó la demanda, indicando frente a la mayoría de pretensiones que no se oponía ni se allanaba a las mismas, siendo que la demanda se dirigía contra terceros; no obstante, respecto al reconocimiento de la prestación de vejez aludió que no era procedente acceder a la misma hasta tanto se acreditara el pago del cálculo actuarial si a ello hubiera lugar y se procediera a realizar la corrección de la historia laboral del demandante; que igual situación

ocurría en lo relativo al retroactivo pensional, ya que ante Colpensiones no existía afiliación por parte de la demandada Indupalma; en consecuencia hasta tanto no se pagara el cálculo actuarial no podría entrarse a validar el cumplimiento de los requisitos pensionales, por lo que en gracia de discusión, si llegare a reconocerse pensión alguna esta sería a corte de ingreso a nómina.

Propuso las excepciones de mérito que denominó: falta de legitimación en la causa por pasiva respecto a la pretensión de declaratoria de la relación laboral, inexistencia del derecho al reconocimiento pensional, prescripción, buena fe, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas e innominada o genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 8 de febrero de 2021, el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR PROBADA la excepción de inexistencia del derecho al reconocimiento pensional formulada por COLPENSIONES y NO PROBADAS las excepciones formuladas por INDUPALMA LTDA. EN LIQUIDACIÓN, conforme las consideraciones expuestas.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada INDUSTRIAL AGRARIA LA PALMA LIMITADA – INDUPALMA LTDA EN LIQUIDACIÓN a pagar el cálculo actuarial a favor del demandante SEGISMUNDO MORENO DAZA por el periodo laborado entre el 28 de octubre de 1977 y el 22 de agosto de 1983, teniendo como salario final la suma de \$16.620.00. Dicho cálculo actuarial deberá ser cancelado a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

TERCERO: ABSOLVER a la demandada COLPENSIONES de las pretensiones incoadas en su contra y a INDUPALMA LTDA. EN LIQUIDACIÓN de las demás pretensiones incoadas.

CUARTO: CONDENAR en costas a la demandada INDUPALMA LTDA. EN LIQUIDACIÓN y a favor del demandante, tásense por secretaría incluyendo

como agencias en derecho una suma equivalente a un (01) smlmv. Sin costas respecto de COLPENSIONES.”

Como fundamento de la decisión, el juzgado argumentó que respecto del periodo reclamado del acta extraconvencional del 12 de septiembre de 1977, debía tenerse en cuenta que aunque se allegó un listado de las personas que estarían laborando con contratistas para los meses de julio y agosto de 1977, no se allegó documento alguno que certificara el tiempo laborado por el actor que pretendía ser reconocido mediante calculo actuarial bajo tal situación; acto seguido, se indicó que frente al periodo comprendido entre el 28 octubre de 1977 al 22 de agosto de 1983, estaba probado que el actor laboró ese tiempo con la demandada en el municipio de San Alberto, Cesar y que en dicho municipio no había cobertura del ISS para los riesgos de IVM, que solo empezó para finales del año 1990, cuando el demandante ya se había desvinculado; de allí que en principio no existió obligación de efectuar cotizaciones al ISS; no obstante, atendiendo el criterio reiterado de la jurisprudencia de la CSJ frente al asunto, procedió a condenar el pago del cálculo actuarial a cargo de Indupalma.

Finalmente, frente al reconocimiento pensional, aludió que aunque en la historia laboral se acreditaban 1023.43 semanas cotizadas y en la decisión se ordena el cálculo actuarial ya referido, lo cierto era que no existía la cobertura de los riesgos de IVM en el municipio de San Alberto, ni existió omisión por parte del empleador en la afiliación y por tanto no había obligación de cobro de cotizaciones en mora por parte del ISS, por lo que no se cumplía con los requisitos para el reconocimiento de la pensión; sin perjuicio de que una vez

efectuado el pago del cálculo actual por Indupalma, se sometiera nuevamente ante Colpensiones la viabilidad del reconocimiento pensional.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la parte actora interpuso recurso de apelación parcial con el objeto de que se revocaran los numerales 1° y 3° de la sentencia, sustentando en la alzada y en sus demás argumentaciones, en síntesis, lo siguiente:

En cuanto a la negativa al reconocimiento pensional precisó que el trabajador al menos laboró entre el 28 de octubre de 1977 al 22 de agosto de 1983, acreditándose que contaba al menos con 2019 días laborados equivalentes a 301,28 semanas, las cuales sumadas a las cotizadas en Colpensiones acreditan un total de 1324, suficientes para el reconocimiento pensional, sin que se viera la necesidad de postergar el reconocimiento de la prestación a un nuevo estudio.

Por su parte, la apoderada de Indupalma Ltda. hoy en liquidación, interpuso recurso de apelación con el objeto de que se revocara la sentencia sustentando en la alzada y en sus demás argumentaciones, en suma, lo siguiente:

Que Indupalma Ltda. reconoció la prestación de jubilación del C.S.T. hasta tanto el ISS la subrogue de dicha obligación pensional; que con la ampliación de la cobertura y posterior llamado a inscripciones de los empleadores de San Alberto

para la afiliación de los trabajadores a los riesgos de IVM administrado por el ISS mediante Resolución No. 4963 del 28 de noviembre de 1990, se fijó como fecha de iniciación de inscripción el 1° de diciembre de 1990, mencionando que durante la vigencia del contrato no fue afiliado porque no hubo cobertura en el municipio de San Alberto, consolidándose para Indupalma la posibilidad solo hasta el 8 de enero de 1991, de manera que antes de esa fecha no era posible por parte de la demandada realizar cotizaciones y por tanto no se presentaba omisión conforme podía colegirse de lo establecido en los arts. 193, 259 y 260 del C.S.T., el art. 81 de la L.71 de 1981, el art. 41 Acuerdo 049 de 1990, y el artículo 15 de la Ley 100 de 1993.

Colpensiones, no interpuso recurso de apelación.

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 ordenar a la sociedad Indupalma Ltda. hoy en Liquidación al pago del cálculo actuarial por los aportes no realizados al sistema general de pensiones durante el periodo comprendido entre el 28 de octubre de 1977 y el 22 de agosto de 1983 y en caso afirmativo si resultaba viable ordenar el reconocimiento de la pensión de vejez.

En primer lugar, debe señalarse que no existe controversia en los siguientes puntos: i) que entre el actor y la empresa Indupalma Ltda hoy en liquidación existió una relación laboral entre el 28 de octubre de 1977 y el 22 de agosto de 1983; ii) que el demandante prestó sus servicios en el municipio de San Alberto, Cesar y iii) que la cobertura del ISS en los riesgos de IVM en el municipio de San Alberto, inició el 1 de diciembre de 1990.¹

Para definir si procede el reconocimiento del valor del cálculo actuarial reclamado se atenderá el precedente jurisprudencial contenido entre otras, en las sentencias del 16 de julio de 2014 rad. 41745 y 43182 de 20 de octubre de 2015, proferidas por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, que indican que si bien no es posible hablar de empleadores omisos respecto de aquellos empleadores que acudieron oportunamente al llamado por parte del Instituto de Seguros Sociales, en función de la extensión gradual de la cobertura; no por ello quedaron excluidos de cualquier tipo de responsabilidad, en la medida en que, entre tanto se garantizaba esa cobertura, seguían teniendo a su cargo los riesgos de pensión, aún sin subrogación; de manera que respecto de dichos periodos, estaban obligados a contribuir a la financiación de una eventual pensión a través de cálculos actuariales.

Lo anterior, por cuanto si bien es cierto se tuvo una tesis inicial consistente en que el empleador estaba exonerado de toda responsabilidad generada en el no pago de aportes para

¹ Ver Resolución No. 00004963 del 28 de noviembre de 1990 fl. 31 y 32 archivo digital 9.

pensión en fecha anterior a aquella en que la cobertura gradual del ISS no la cubría; partiendo de la literalidad del texto de la Ley 90 de 1946, y los Acuerdos 189 de 1965, 224 de 1966, 044 de 1989, y el Acuerdo 049 de 1990, se consideró que el empleador debe contribuir a la financiación de la pensión de quien le prestó servicios, pagando el valor actualizado de las cotizaciones no sufragadas (sentencias del 16 de julio de 2014, Rad. 41745, y 20 de octubre de 2015, Rad. 43182).

Considera la Sala con base en los precedentes jurisprudenciales que a pesar que la afiliación a la entidad de seguridad social fue gradual y se fue presentando en diferentes momentos para diferentes clases de trabajadores, lo cierto es, que ello no exonera de la obligación de responder por los periodos en que el trabajador hubiese prestado sus servicios, pues ello iría en detrimento del derecho a la seguridad social en pensiones del trabajador.

Frente a este tema la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia con radicación 52395, señalo la orientación vertida en la sentencia CSJ SL646-2013, bajo el entendido que, ante realidades como la expedición del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, la respuesta más acoplada al sistema de seguridad social, en casos de omisión en la afiliación, es el cubrimiento de las prestaciones por el sistema de pensiones, con el recobro de los recursos a los empleadores, a través de un cálculo actuarial, que fue lo que ordenó el a quo en su decisión y que se ajusta al criterio aquí expuesto, por lo que se procederá a confirmar la decisión.

Frente al reconocimiento y pago de la prestación de vejez reclamada por la parte actora, debe tenerse presente que dicha solicitud solo podrá ser objeto de estudio cuando se haya cumplido efectivamente la orden impartida en la presente sentencia, y se tenga la totalidad de la información y recursos a nombre del demandante en el régimen de prima media.

Lo anterior, como quiera que es indispensable que los aportes del afiliado se encuentren debidamente reflejados en el reporte de historia laboral dentro del régimen de prima media con el objeto de financiar la prestación, de que Colpensiones pueda analizar la situación particular con datos concretos, de manera precisa, sin lugar a errores, dadas las circunstancias actuales en la que se encuentre el demandante; en consecuencia, se mantendrá incólume la decisión de primera instancia.

Ante la inconformidad expresada por la parte actora, en relación a la imposición de costas en cabeza de Colpensiones, conviene recordar que de conformidad con el numeral 1° del artículo 365 del CGP, procede dicho pago a la parte que resulte vencida en el proceso, en consecuencia, y dado que Colpensiones no resultó condenada se mantendrá la decisión de primera instancia.

Costas en esta instancia a cargo de la demandada Indupalma que interpuso el recurso de apelación.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 8 de febrero de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

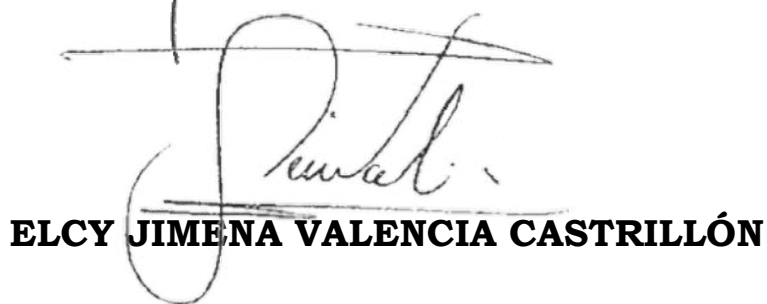
SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de la demandada Indupalma.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

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 ROSE MARIE ALDANA BOUTIN
contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A Y COLFONDOS S.A.

RADICADO: 110013105 032 2022 00517 01

Bogotá D. C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA

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

En esta instancia los apoderados de las partes presentaron alegatos, en los que reiteraron los argumentos expuestos en el trámite de instancia.

I. ANTECEDENTES

La accionante, pretende se declare la ineficacia de la afiliación que realizó al Régimen de Ahorro con Solidaridad administrado por Colfondos S.A posteriormente a Protección S.A y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a las AFP., trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas

adicionales como todos sus frutos e intereses y los rendimientos, sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de gastos de administración, comisiones, seguros previsionales, ni por cualquier otro concepto.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 8 de febrero de 1963; que cotizó al Instituto de los Seguros Sociales desde el 29 de diciembre de 1986 un total de 347 semanas; que el 1 de enero de 1995 se trasladó a Colfondos S.A; que posteriormente el 1 de junio de 1999 se trasladó a Protección S.A; sin que se hubiera suministrado la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

Como fundamento normativo, el artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo, los artículos 6, 25, 74 y 145 del Código 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, la Ley 100 de 1993, el Decreto 692 de 1994 y las sentencias de la Corte Suprema de Justicia con radicados números de 31989 de 2008, 33083 de 2011, 46292 de 2014, 17595 de 2017.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLFONDOS S.A, dio contestación a la demanda de la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que los asesores comerciales brindaron a la demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones del traslado horizontal. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación, ratificación de la afiliación, prescripción, compensación y pago.

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RAIS al suscribir de manera voluntaria, consciente y sin presiones el formulario de afiliación ante Colfondos en el

año 1995. Propuso las excepciones de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcional 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, improcedencia declaratoria de ineficacia, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la genérica.

PROTECCION S.A, dio contestación a la demanda de la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que se está frente a un acto existente, valido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, esto de conformidad con formularios de vinculación suscrito por la demandante. Propuso entre otras las excepciones de inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos, genérica, reconocimiento de restitución mutua, inexistencia de la obligación, aplicación del precedente actos de relacionamiento.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 10 de agosto de 2023, el Juzgado Cuarenta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que la señora ROSE MARIE ALDANA BOUTIN hizo del régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, efectuado el 27 de diciembre de 1994, y los traslados que posteriormente realizó la demandante a COLMENA, ING Y COLFONDOS, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a las demandadas ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A, y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que hayan recibido con motivo de la afiliación de la señora ROSE MARIE ALDANA BOUTIN, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima o primas de seguros previsionales, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES reactivar la afiliación de la señora ROSE MARIE ALDANA BOUTIN al Régimen de Prima Media con Prestación

Definida y recibir los valores provenientes de las demandadas ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: ABSOLVER a las demandadas ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, de las demás pretensiones incoadas en su contra, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: CONDENAR a las demandadas ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, al pago de las costas del presente proceso, dentro de las que deberá incluirse una suma equivalente a 1 SMLMV por concepto de agencias en derecho a cargo de cada una de las demandadas.

SEPTIMO: Si no fuere apelada la presente decisión, CONSÚLTESE con el Superior.”

Como fundamento de la decisión, el juez argumentó, que la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias 33083 de 2011, 31989 de 2008, SL1421 de 2019, SL1452 de 2019, SL1689 de 2019 ha señalado que si se discute que la Administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia al traslado de régimen pensional le corresponde a esta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito cuando son las entidades financieras quienes tienen una ventaja frente al afiliado.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de Colpensiones interpuso recurso de apelación, al considerar que no le asiste derecho alguno a la demandante en sus pedimentos, en virtud de que fue escaso el acervo probatorio cuando no se recuerdan los detalles y el motivo de la afiliación al RAIS; además de ello, se pudo constatar que la demandante no tuvo interés en indagar sobre la información recibida.

El apoderado de Colfondos S.A., interpuso recurso de apelación de forma parcial frente al numeral segundo de la parte resolutive, en virtud de que se está condenando a un doble gravamen, toda vez que se ordena el traslado de rendimientos y gastos de administración los cuales también se

descuentan en el RPM; por otro lado refirió que en lo referente a las primas seguros previsionales, dichos emolumentos fueron entregados a una aseguradora durante el tiempo que estuvo la parte demandante en el RAIS.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

VI. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].

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

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

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

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Protección S.A., el 18 de mayo 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.

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 el demandante.

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."

No obstante, se habrá de modificar el numeral segundo de la sentencia de instancia a fin de establecer que los dineros a trasladar por parte de las AFP se deberán pagar debidamente indexados, esto de conformidad con lo dispuesto en sentencia SL2173-2022.

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 cuarto de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 10 de agosto de 2023, en el sentido **ORDENAR** que los valores a trasladar por parte de Protección S.A y Colfondos., deberán pagarse debidamente indexados.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia 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.

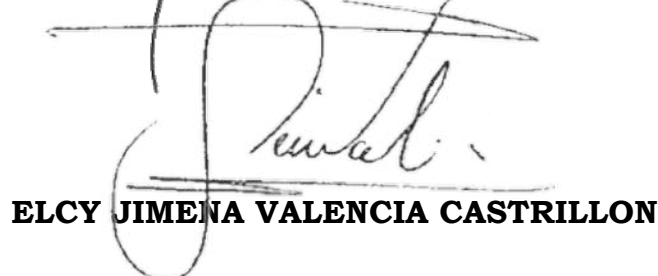
Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLON



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR MARTHA SANDINO DE OLIVEROS CONTRA TEXAS PETROLEUM COMPANY HOY CHEVRON PETROLEUM COMPANY.

RADICADO: 11001 3105 037 2021 00111 01

Bogotá D. C., Veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación formulado por el apoderado de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 8 de febrero de 2022, en donde se absolvió de todas las pretensiones formuladas por la demandante.

El recurso de apelación tiene por objeto la revocatoria de la decisión, para que en su lugar se declare la ineficacia del acta de conciliación en la que se efectuó un pacto único de pensión y en su lugar se acceda al reconocimiento de la pensión de jubilación contemplada en el artículo 260 del C.S.T.

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

I. ANTECEDENTES

La demandante formuló demanda con el objeto de que se dejara sin efecto el acta de conciliación suscrita entre las partes el 7 de febrero de 1995 (pacto único de pensión), en consecuencia, se ordenara el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación consagrada en el artículo 20 del C.S.T., a partir del 19 de diciembre de 1998, junto con las mesadas causadas a partir de tal fecha, los reajustes de ley y los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Fundamentó sus pretensiones en síntesis y para lo que interesa al proceso en que entre las partes existió una relación laboral por el periodo comprendido entre el 18 de marzo de 1974 hasta el 31 de enero de 1995, desempeñándose como ingeniera de petróleos senior y devengando como ultimo salario la suma de \$3.882.500; que nació el 19 de diciembre de 1948, por lo que cumplió los 50 años de edad el 19 de

diciembre de 1998; que nunca fue afiliada al SGSS y que el 7 de febrero de 1995, le propuso firmar un acuerdo sobre pacto único de pensión en virtud del cual recibió una suma de dinero pese a que para ese entonces contaba con mas de 20 años de servicio y 44 años de edad.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Chevron Petroleum Company, contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones, aceptó algunos hechos y negó otros. El fundamento fáctico y legal de la oposición radicó en que el contrato terminó por mutuo acuerdo y dado que la actora no cumplía con los requisitos legales para ser acreedora de la pensión se acogió a la propuesta de pacto único de pensión de jubilación mediante carta del 30 de enero de 1994, destacando que la actora junto con su cónyuge Sr., Pablo Oliveros Marmolejo, consideraron que era más beneficioso económicamente para ellos y así consta en el Acta de Conciliación No. 021 del 07 de febrero de 1995, ante el Ministerio de Trabajo - Inspección Decima de Bogotá, recibir la suma de \$280.985.600.00, pacto que aluden fue respaldado por un cálculo actuarial y revisado por la Unidad de Planeación y Actuaría del Instituto de Seguros Sociales, cumpliéndose con los requisitos de las sentencias de la C.S.J., S.C.L., valor que cubría y compensaba cualquier obligación de carácter pensional, incluida el pago de la pensión y las mesadas reclamadas.

Propuso las excepciones de cosa juzgada, inexistencia de las obligaciones, cobro de lo no debido, doctrina probable, compensación y prescripción.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 8 de febrero de 2022, el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a la demandada CHEVROM PETROLEUM COMPANY de todas y cada una de las pretensiones invocadas en su contra por parte de la demandante señora MARTHA SANDINO DE OLIVEROS de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR probadas las excepciones de inexistencia de las obligaciones, cobro de lo no debido propuesta por la entidad demandada relevándose del estudio de las demás impuestas.

TERCERO: COSTAS a cargo de la parte demandante, fijo como agencias en derecho la suma equivalente a \$100.000

Como fundamento de la decisión, el juzgado argumentó que en este asunto no existía controversia respecto a la relación laboral que existió entre las partes durante el periodo comprendido entre el 18 de marzo de 1974 y el 31 de enero de 1995, así como que la actora había nacido el 19 de diciembre de 1948.

Igualmente, señaló que debía tenerse en cuenta que en este asunto se dejó constancia en el acta de conciliación celebrada en el año 1995, que el derecho a la pensión de jubilación del artículo 260 del C.S.T. correspondía a una prestación que para su configuración exigía el cumplimiento del tiempo de servicio y la edad, partiéndose así de la posibilidad de la conciliación dado que en este caso faltaba el cumplimiento de

un requisito de causación “edad”, lo que dio el margen de incertidumbre y que el funcionario competente le hubiera impuesto validez a la conciliación, aspecto que se expuso a la actora y su cónyuge y sumado a ello se realizó calculo actuarial aprobado por el ISS con el que se pretendía reconocer el pago de las mesadas pensionales futuras en virtud del acuerdo aceptado, por lo que para la fecha de celebración del acuerdo conciliatorio no resultaba cuestionable la validez de la conciliación dado que no se advertía su configuración como derecho cierto que impidiera celebrar la conciliación en los términos acordados.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la demandante interpuso recurso de apelación con el objeto de que se revocara la sentencia, sustentando en la alzada y en sus demás argumentaciones, en síntesis, lo siguiente:

Que no estaba de acuerdo con la decisión porque la conciliación no podía recaer respecto de un derecho cierto e indiscutible como lo era la pensión de jubilación por lo que el acto no produjo efectos jurídicos y en esa medida lo que se consiguió fue una pensión extra legal más no se concibió la pensión de jubilación consagrada en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, en esa medida como la parte actora laboró para la demandada por un término mayor de 20 años, tenía derecho a que se le reconociera y pagara la pensión de jubilación por parte de la demandada siendo que esta no pagó oportunamente la seguridad social en pensión de la actora a

sabiendas que las empresas del sector petrolero tenían la obligación de afiliar y legalizar aportes a sus trabajadores a partir del 1° de octubre de 1993 en virtud de la resolución No. 4250 de 1993 y la actora laboró hasta el 31 de enero de 1995.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resultaba procedente declarar la ineficacia del acta de conciliación suscrita entre las partes el 7 de febrero de 1995 y en consecuencia si resultaba viable el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación a la demandante.

En primer lugar, debe señalarse que no existe controversia en que entre las partes existió una relación laboral durante el periodo comprendido entre el 18 de marzo de 1974 y el 31 de enero de 1995, en virtud de la cual la actora se desempeñó como ingeniera de petróleos senior y devengó como último salario un salario integral ascendente a la suma de \$3.882.500, conforme se acredita con las documentales allegadas, la conducta procesal desplegada por las partes y no tratarse de hechos discutidos por las mismas.

Teniendo en cuenta que se reclama la nulidad del acta de conciliación suscrita entre las partes el 7 de febrero de 1995, ante la inspección No. 10 del Ministerio del Trabajo, resulta pertinente traer a colación los siguientes apartes relevantes de la misma, a efectos de evidenciar lo acordado en esta:

“(…)

La exfuncionaria compareciente ingresó a prestar sus servicios el día 10 de marzo de 1974 hasta el día 31 de enero de 1995, habiendo finalizado el contrato por mutuo acuerdo, decisión esta que en forma expresa, libre y voluntaria se ratifica dentro de esta Audiencia. Como consecuencia de lo anterior la Empresa procedió a efectuar la liquidación definitiva de vacaciones y días de salarios pendientes de pago, aclarándose, para estos efectos, que la empleada había convenido con la Empresa una remuneración en la modalidad de salario integral. La liquidación se realiza con un salario integral mensual de \$3.082.500.00, se deja expresa constancia que dentro de esta liquidación se incluyó la suma de \$280.985.600.00 correspondiente al pacto único de conciliación, en la liquidación de vacaciones, los anteriores conceptos arrojan un saldo a favor de la exfuncionaria de \$283.353.699.00, una vez realizadas las deducciones que en la misma aparecen y con las cuales está totalmente de acuerdo la exfuncionaria y que expresamente autorizó.

De otra parte, la exfuncionaria no tiene derecho para hacerse acreedora a una pensión de jubilación a cargo de la Empresa, en el momento ya que no se cumplen las condiciones exigidas por la Ley. Por esta razón el derecho pensional es incierto y discutible.

Sin embargo, la exfuncionaria y su cónyuge manifestaron a la Empresa que consideraban más beneficioso para ellos que se les diera una suma actual y presente de esa pensión que se causaría en el futuro, pues desde todo punto de vista les convenía, para lo cual sugirieron a la Empresa se hiciera el pacto único de pensión previsto en las disposiciones legales.

Teniendo en cuenta la petición de la exfuncionaria y su cónyuge y además el hecho de ser una concesión futura, lo que implica que pudiera causarse o no, todo lo cual convierte esta concesión en un derecho incierto, se acordó en consecuencia solicitar el cálculo actuarial respectivo a una firma especializada en la materia, para que ella señalara o fijara la suma única en que se convertiría la pensión de jubilación a cargo de la Empresa, sobre la base de haber acordado las partes un valor pensional de \$1.076.672.00 mensuales, sobre la cual se efectuaría el cálculo actuarial.

Se contrató la firma ASESORÍAS ACTUARIALES LTDA, la que rindió el estudio actuarial, mediante el cual, tomando en consideración la vida probable de la exfuncionaria, arroja una reserva matemática total, de acuerdo al mencionado cálculo por un valor de \$280.985.600.00.

Como consecuencia de lo estipulado en esta Acta y una vez suscrita por los que en la misma intervienen, la TEXAS PETROLEUM COMPANY, procederá a consignar el cheque No. 0163849 del Banco de Colombia Sucursal Centro 93 por la suma de \$283.353.699.00, cantidad que se discrimina en la forma mencionada con anterioridad dentro de esta Acta, en la cuenta corriente No. 223337619 del Banco de Bogotá Sucursal Centro 93 a nombre de la Sra. MARTHA SANDINO DE OLIVEROS, de acuerdo a la solicitud que en tal sentido ha hecho la exfuncionaria.

Como resultado de lo anterior la exfuncionaria y su cónyuge expresamente manifiestan su conformidad con todos y cada uno de los términos de este acuerdo conciliatorio, declarando a paz y salvo a la Empresa compareciente de cualquier obligación de tipo laboral, pues la suma correspondiente al pacto único de pensión se entiende que es imputable a cualquier deuda de carácter laboral, declarando como ya se dijo, a paz y salvo a la Empresa compareciente de cualquier obligación pensional y a la vez respecto de cualquier otro derecho que se desprenda de la misma, bien sea en dinero o en especie, pues la suma del pacto único como ya se dijo, podrán ser imputadas a cualquier deuda o beneficio de esta clase, cualquiera que sea su denominación y naturaleza, ya sea en dinero o en especie, tal como se indicó, actual o eventualmente exigible pues el acuerdo es total y definitivo, no debiéndose nada al exfuncionario ni a su cónyuge ya que en este acuerdo se incluye cualquier derecho o acreencia laboral nacida o por surgir del contrato de trabajo que finalizó de mutuo acuerdo.

solicitamos al señor Inspector, le imparta su aprobación a este acuerdo.

A U T O

Como quiera que con el anterior acuerdo conciliatorio no se lesionan derechos ciertos e indiscutibles de la exfuncionaria en mención, el Despacho le imparte su aprobación y advierte a las partes que este hace tránsito a cosa juzgada, al tenor de lo preceptuado en los Artículos 20 y 78 del Código de Procedimiento Laboral, en consecuencia y como el pago se verifica dentro de esta Audiencia, la misma se termina y ordena archivar el Acta original correspondiente.

(...). ”.

Del acta de conciliación antes citada, se extracta que las partes acordaron que el contrato finalizó por mutuo acuerdo aspecto que ratificaron en el acta de conciliación así como también se adujo que la actora no era acreedora de una pensión de jubilación por parte de la empresa ya que no se cumplían las condiciones exigidas en la ley para ello, por tanto, el derecho pensional era incierto y discutible, asimismo, se indicó que la actora y su cónyuge expusieron que les era mas beneficioso que se les suministrara una suma actual, de esa pensión que se causaría en el futuro, ante tal petición se precisó que se contrató una firma que rindió el cálculo actuarial respectivo a una forma especializada “Asesores Actuariales Ltda.” para que fijara la suma única en que se convertiría la pensión de jubilación a cargo de la empresa “280.985.600”.

Precisado lo anterior y como quiera que, en este asunto, los reparos del actor giraron en torno a señalar que en este caso no podría haberse producido una conciliación siendo que se trataba de un derecho cierto e indiscutible, conviene recordar que frente al tema nuestro órgano de cierre en sentencia de radicación No. 26266 del 19 de octubre de 2005, al resolver un caso similar contra la misma empresa aquí demandada señaló:

(...)

Ese aspecto de derecho hace referencia a la determinación de si la prerrogativa pensional sobre la cual versó el acuerdo era un derecho cierto e indiscutible, y por esa circunstancia susceptible o no de ser conciliada.

Se afirma que se trata de un debate fundamentalmente jurídico, por cuanto no existe divergencia entre el Juzgador y el recurrente sobre los elementos de hecho esenciales, como lo son: a) que al momento de celebrarse la conciliación el actor tenía más de 20 años al servicio de la empresa

convocada a proceso; y b) que para esa fecha contaba 49 años de edad, es decir, no había alcanzado la edad prevista en el artículo 260 del C.S.T.. Todo bajo el supuesto no controvertido, de que el eventual derecho de jubilación estaba a cargo del patrono conforme a las reglas del Código Sustantivo del Trabajo, por tratarse de una empresa petrolera excluida de la afiliación forzosa a la seguridad social.

3.- La discrepancia es entonces jurídica, y gira en torno a determinar, si para la consolidación del derecho a la pensión de jubilación legal a cargo del patrono previsto en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, es menester el cumplimiento de los requisitos de edad y tiempo de servicios allí contemplados, o si es suficiente con este último, por ser el otro, -el de la edad-, una simple condición de exigibilidad como lo sostiene el censor.

En el caso de la pensión plena de jubilación prevista en el artículo 260 del C.S.T., ha dicho la jurisprudencia que nace a la vida jurídica cuando se cumplen los dos requisitos: edad y tiempo de servicios, siendo el primero de ellos exigencia sine qua non para la existencia del derecho y no una mera condición de exigibilidad de su pago.

(...)

De conformidad con lo anterior en el sub examine el actor tenía en realidad, un derecho de expectativa a una pensión de jubilación, más no un derecho adquirido a ella, por faltarle el requisito de la edad. Ha de considerarse que lo que fue objeto de negociación entre las partes, no fue una pensión extralegal, sino y así lo entendió el Tribunal, lo cual no fue desvirtuado por el censor, el derecho a la pensión plena de jubilación que estaba a cargo del patrono, por estar excluido de la afiliación al seguro social en su condición de empresa petrolera como se dejó anotado.

Esto aparece nítido en el acta de conciliación donde el trabajador “reclama a la empresa la pensión de jubilación que le pueda corresponder” y se deja constancia por parte del patrono que “En cuanto tiene que ver con la pensión reclamada, no se dan los requisitos de Ley para tener derecho a ella”.

Y la jurisprudencia ha admitido la posibilidad de la conciliación de un derecho en expectativa a una pensión de jubilación, cuando ésta esté a cargo directo del patrono conforme a las reglas del Código Sustantivo del Trabajo.

(...)

4.- Ahora bien, conviene precisar que una negociación como la que es materia del sub examine, no compromete la existencia del derecho, ni supone la renuncia del mismo sino, por el contrario, parte de la premisa de la existencia del germen de un derecho, por ello aún incierto, y del cual se pacta una forma de pago.

Reprocha el recurrente la legalidad de un acuerdo de pago de derecho pensional -que aún se admitiera de origen legal-, porque el pago del capital requerido para cubrir una renta equivalente a la mesada pensional, se haga directamente a quien fue trabajador. Se ha de indicar que la diferencia que existe entre las pensiones de empresa y las de seguridad social, es que para las segundas la ley ha creado una institucionalidad específica encargada de gestionar los recursos y garantizar así el pago por el largo periodo pensional; para las pensiones de empresa no existen reglas para el manejo de los recursos, pues éstos, incluso para cuando se cumple con la obligación de garantía de pago constituyendo debidamente las reservas contables, se confunden con los de la empresa y corren el riesgo propio de las actividades económicas de ésta. Frente a este escenario es que ha de estimarse como un beneficio para el trabajador, un acuerdo por medio del cual se obtenga la

separación real del patrimonio de la empresa de uno suficiente para cubrir las deudas de pensiones y ser entregado a éste para su propia gestión, siempre y cuando, la empresa no esté en alguna de las situaciones previstas para declarar la conmutación pensional, esto es, para cuando no esté en peligro el derecho de los demás pensionados.

(...)

Se ha de indicar que el cálculo actuarial, en el sub lite se hizo técnicamente, pues contó con la aprobación del Instituto de Seguros Sociales, al que las normas le confían su revisión y aprobación para fines tributarios.

Por último, ha de advertirse que la negociación de los derechos pensionales por cálculo actuarial se admite, por cuanto con ella no se comprometen los eventuales beneficios para la familia, pues como lo disponen las normas técnicas para la elaboración de los cálculos actuariales, ellos también han de estimarse. De conformidad con el artículo 77 del Decreto 2649 de 1993, el estatuto de la contabilidad en general bien precisa, que los cálculos actuariales deben comprender todas las erogaciones futuras pensionales, señalando expresamente dentro de ellas las que corresponden a los sustitutos en el derecho pensional.

Así, entonces, en principio, no se desconoce el derecho pensional del trabajador, cuando se le entrega por parte del empleador, el capital suficiente, estimado con base en un cálculo actuarial.

(...)”.

En ese orden de ideas y de conformidad con el precedente citado se tiene que en este asunto se contaba era con una expectativa a una pensión de jubilación, más no un derecho adquirido a ella, ya que a la actora le faltaba el requisito de la edad, respecto al cual la jurisprudencia ha admitido la posibilidad de la conciliación “de un derecho en expectativa a una pensión de jubilación” cuando ésta esté a cargo directo del patrono conforme a las reglas del C.S.T. y que tampoco se desconoce el derecho pensional del trabajador cuando se le entrega el capital suficiente estimado con base en un cálculo actuarial.

Bajo las anteriores consideraciones se procederá a confirmar la decisión del a quo.

Costas en esta instancia a cargo de la demandante.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 8 de febrero de 2022, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

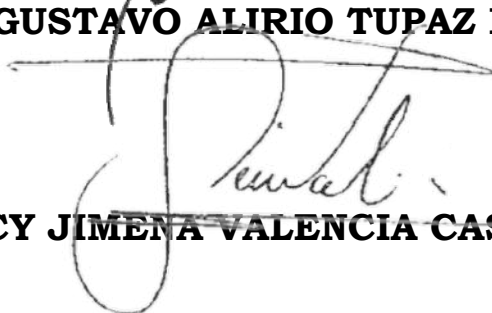
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandante.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

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 LUIS ERNESTO LA ROTTA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, COLFONDOS S.A Y SKANDIA S.A.

RADICADO: 110013105 040 2021 00286 02

Bogotá D. C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de Skandia S.A y Colfondos S.A y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 8 de septiembre de 2023.

En esta instancia los apoderados de las partes presentaron alegatos, en los que reiteraron los argumentos expuestos en el trámite de instancia.

I. ANTECEDENTES

El accionante, pretende se declare la ineficacia de la afiliación que realizó a Colfondos S., como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a dicha AFP y a Skandia trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones los valores obtenidos mientras estuvo vinculado en dichos fondos, como cotizaciones, con todos los rendimientos que se hubieran causado.

Sustentó sus pretensiones, en que, estuvo afiliado y cotizando para pensión al Instituto de los Seguros Sociales, desde el 8 de enero de 1980; que hizo aportes a pensión en la Caja Nacional de Previsión CAJANAL, entre enero de 1981 y noviembre de 1994; que el 1 de noviembre de 1994 se trasladó a Colfondos S.A; que en el año 2007 se trasladó a Skandia S.A y en el 2008 regreso nuevamente a Colfondos S.A; sin que los fondos privados le hubieran suministrado la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

Como fundamento normativo, la Ley 100 de 1993, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, el Decreto 656 de 1994, los artículos 78,20,48 de la Constitución Política y las sentencias de la Corte Suprema con radicados números 46292 de 2014, 68852 de 2019, 46292 de 2017, 68852 del 3 de abril de 2019.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la decisión de permanecer en un régimen u otro recae en cabeza del afiliado por manifestación expresa y libre de apremios y por su propia voluntad. Propuso entre otras las excepciones de inexistencia del derecho reclamado a cargo de Colpensiones, saneamiento de la nulidad alegada, prescripción, buena fe y la genérica.

COLFONDOS S.A, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la afiliación se presentó en virtud del derecho a libremente escoger el fondo de pensiones que administrara los aportes, siendo el RAIS la elección del demandante. 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 del actor, prescripción, compensación y pago, nadie puede ir en contra de sus propios actos.

SKANDIA S.A, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el accionante estuvo vinculado a la AFP desde el 1 de mayo de 2007 hasta el 30 de junio de 2008

fecha en que se trasladó a Colfondos, por tanto, el demandante actualmente no se encuentra afiliado ni vinculado con la AFP y no existen recurso alguno a favor del demandante. Propuso entre otras las excepciones de cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, actos de relacionamiento, Skandia no participo ni intervino en el momento de selección de régimen, el demandante se encuentra inhabilitado por el traslado de régimen, inexistencia de violación al debido proceso, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos facticos del proceso no son iguales o similares, lo accesorio sigue la suerte de lo principal, prescripción, buena fe y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 8 de septiembre de 2023, el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por el demandante Luis Ernesto la Rotta con CC. 19.354.142 en el año 1994, del régimen de prima media con prestación definida administrado por CAJANAL EICE al régimen de ahorro individual con solidaridad RAIS administrado por COLFONDOS S.A., por omitirse el deber de información que rige en materia de seguridad social, de conformidad con lo expuesto.

SEGUNDO: DECLARAR que el demandante Luis Ernesto la Rotta ha estado afiliado al régimen solidario de prima media con prestación definida sin solución de continuidad desde su elección inicial, conforme a lo considerado.

TERCERO: DECLARAR no probados los medios exceptivos formulados por los apoderados judiciales de las demandadas.

CUARTO: CONDENAR a las demandadas Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías, Colfondos S.A. y Skandia S.A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, todas las sumas de dinero que están consignadas en la cuenta de ahorro individual del demandante Luis Ernesto la Rotta, incluidos los rendimientos financieros, así como los porcentajes correspondientes a los gastos y/o comisiones de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, al igual que los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima, y con cargo a sus propios recursos, y, eventualmente, de los bonos pensionales, si los hubiere o, en su defecto, cuando se rediman.

QUINTO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a que, una vez la Administradora de Fondo de Pensiones Colfondos S.A. y Skandia trasladen los recursos a su cargo, los reciba a satisfacción a efectos de reflejarlos en la historia laboral del demandante, con sus respectivos valores, IBC y un detalle pormenorizado de los ciclos de cotización.

SEXTO: CONDENAR en costas a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Colfondos S.A. en favor del demandante, se fijan

como agencias en derecho la suma equivalente a un (1) SMLMV. Absolver de condena en costas a las demás demandadas.

SEPTIMO: CONSÚLTESE con el Tribunal Superior- Sala Laboral del Distrito Judicial de Bogotá, en lo desfavorable a Colpensiones.”

Como fundamento de la decisión, el juez argumentó, que de conformidad con la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral ha venido trazando una uniforme línea jurisprudencial sobre la serie de obligaciones y deberes de los fondos de pensiones relacionados con el deber de información ha indicado que no es cualquier tipo de asesoría, sino aquella que permite el ejercicio de la libertad informada cuya infracción castiga la ley 100 de 1993.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de Colfondos interpuso recurso de apelación de manera parcial en lo referente a la condena impuesta en el numeral cuarto de trasladar primas de seguros previsionales, porcentaje del fondo de garantía de pensión mínima y gastos de administración, al considerar que respecto a las primas al momento de declarar la ineficacia desaparece la motivación por cubrir unos siniestros que afecta la vida de sus afiliados, por lo que en caso de que se confirme la decisión quien debería pagar dicho emolumento es la aseguradora con la cual se contrató el seguro previsional; indicó que en lo que tiene que ver con los gastos de administración dicho porcentaje no hace parte de la cuota individual del afiliado, en virtud de que tanto en el RAIS como en el RPM se realiza dicho descuento y ocasionaría un enriquecimiento sin justa causa en favor de Colpensiones.

La apoderada de Skandia S.A., interpuso recurso de apelación de forma parcial, respecto a la orden de trasladar los conceptos obrantes en la cuenta de ahorro individual, como los gastos y seguros previsionales, al considerar que no es factible dicho traslado, toda vez que ya se causaron a favor del demandante y fueron trasladados a Colfondos S.A.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o

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

VI. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Colfondos S.A., el 13 de octubre de 1994.

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

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 el demandante.

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."

No obstante, se habrá de modificar el numeral segundo de la sentencia de instancia a fin de establecer que los dineros a trasladar por parte de las AFP se deberán pagar debidamente indexados, esto de conformidad con lo dispuesto en sentencia SL2173-2022.

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

En efecto, la Ley 100 de 1993 creó el Sistema General de Pensiones, conformado por dos regímenes solidarios y excluyentes, a saber: i) el de prima media con prestación definida y, ii) el de ahorro individual con solidaridad. El artículo 52 ibidem asignó al ISS, la competencia general para la administración del régimen de prima media con prestación definida. Radicación n.º 86285 SCLAJPT-10 V.00 25 Así mismo, autorizó a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público, para continuar administrando dicho régimen: «respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan», sin perjuicio de que sus afiliados se acogieran a alguno de los regímenes regulados en la misma ley. De

modo que, la Caja Nacional de Previsión Social Cajanal EICE, quedó temporalmente habilitada para administrar el régimen solidario de prima media con prestación definida, respecto de sus afiliados; sin embargo, quienes no se encontraban vinculados a la vigencia de la Ley 100 de 1993, así como los nuevos afiliados que optaron por el RPMPD, los vinculados a cajas fondos o entidades de previsión social «cuya liquidación se ordenare» y los que se trasladaron voluntariamente, fueron inscritos al ISS, hoy Colpensiones. Por su parte, el Decreto 2196 de 12 de junio de 2009 - artículos 3.º y 4.º- ordenó la supresión y liquidación de Cajanal EICE y determinó el traslado de sus afiliados al ISS, dentro del mes siguiente a la vigencia de tal disposición, es decir, en el mes de julio de esa calenda. Razón por la que dejó a cargo del proceso liquidatorio de Cajanal el reconocimiento de las pensiones de los afiliados que «adquirieron el derecho» a la prestación en la fecha en que se hiciere efectivo el traslado al ISS y la administración de la nómina de pensionados hasta cuando esta función la asumiera la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP. Radicación n.º 86285 SCLAJPT-10 V.00 26 Igualmente, se tiene que la Ley 1151 de 2007 -por la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010- en su artículo 155 creó una empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente – Colpensiones-, cuyo objeto consiste en la administración estatal del régimen de prima media con prestación definida (Decreto extraordinario 4121 de 2011). A su vez, en el artículo 156 se ordenó la creación de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP y, entre otras funciones, le encargó el reconocimiento de los derechos pensionales y prestaciones económicas anteriormente a cargo de las administradoras exclusivas de servidores públicos del régimen de prima media con prestación definida del orden nacional, «causados hasta su cesación de actividades como administradoras; así como los correspondientes a servidores públicos que cumplieron el tiempo de servicio requerido por ley y sin contar con el requisito de edad, pero que estaban retirados o desafiliados del RPMPD con anterioridad a su cesación de actividades como administradoras». Ahora, si bien la Ley 100 de 1993 estableció que el Instituto de Seguros Sociales era el administrador natural del régimen solidario de prima media con prestación definida, a partir de su supresión y liquidación ordenada por el Decreto 2013 de 2012, dicho fondo fue relevado por la Radicación n.º 86285 SCLAJPT-10 V.00 27 Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, entidad que conforme la ya mencionada Ley 1151 de 2007 le asignó, entre otros aspectos, ser titular de las pensiones del régimen de prima media con prestación definida del ISS y de Caprecom, «salvo el caso de los afiliados a esta última entidad que causaron el derecho a la pensión antes de la vigencia del Decreto 2011», las cuales quedaron a cargo de la misma mientras la UGPP y el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional asumían dichas competencias. Entonces, es claro que para la fecha en que la accionante dejó de cotizar en Cajanal -31 de enero de 1997- y se trasladó al RAIS no tenía aún un derecho consolidado, pues apenas contaba con 34 años de edad y «638.14» semanas de cotización; luego, su situación no se enmarca en las excepciones que previeron las referidas disposiciones para concluir que era la UGPP quien debía responder por las consecuencias de la declaratoria de ineficacia. Por tanto, teniendo en cuenta el marco normativo que rige la materia y, ante la liquidación y supresión de Cajanal EICE, es a Colpensiones a quien le corresponde recibir la totalidad de los aportes realizados por la accionante a Colfondos S.A., junto con los rendimientos financieros. Puesto que como se analizó, las cajas de previsión tenían la facultad legal de administrar el régimen de prima media, y si la actora cotizó a la extinta Cajanal, ello implicaba considerar que la vigencia de su afiliación lo fue al régimen de prima media con prestación definida y la migración al régimen de Radicación n.º 86285 SCLAJPT-10 V.00 28 ahorro individual con solidaridad se tornó en un verdadero traslado de régimen pensional.

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

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 cuarto de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 8 de septiembre de 2023, en el sentido **ORDENAR** que los valores a trasladar por parte de Skandia S.A y Colfondos., deberán pagarse debidamente indexados.

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

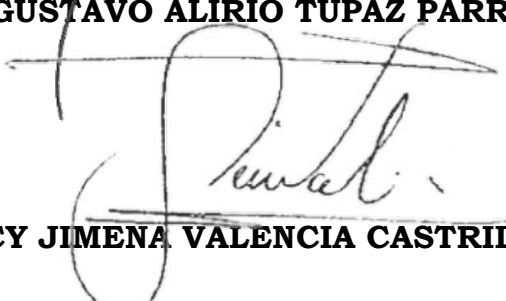
TERCERO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLON