

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-008-2018-00121 -01
Demandante: **RODOLFO HIDALGO MARTÍNEZ.**
Demandado: **PRODUCTOS RAMO S.A.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 002.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por la apoderada de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá el 08 de abril de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **RODOLFO HIDALGO MARTÍNEZ** promoviese contra **PRODUCTOS RAMO S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda el actor pretende se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido del 12 de marzo de 1984 al 31 de marzo de 2015, que el último cargo que desempeñó fue el de Director Línea Del Chiras, que su último salario era la suma de \$3'753.000, y que el contrato de transacción que celebró con su empleador fue una

decisión propia y unilateral de éste. Como consecuencia de lo anterior, solicita el reconocimiento y pago de la nulidad del contrato de transacción celebrado el 31 de marzo de 2015 por vicio del consentimiento; su reintegro junto con el pago de salarios, prestaciones sociales, y aportes a seguridad social integral dejados de percibir desde la finalización de su contrato de trabajo hasta que sea reintegrado; e indexación.

Subsidiariamente, pretende se declare, que la empresa no cumplió con el procedimiento para llevar a cabo despidos colectivos. Como consecuencia de lo anterior, solicita que su despido se declare ilegal; y por ende se ordene su reintegro junto con el pago de salarios, prestaciones sociales, y aportes a seguridad social integral dejados de percibir desde la finalización de su contrato de trabajo hasta que sea reintegrado; perjuicios morales; e indexación.

Como fundamento de las pretensiones la activa argumenta:

- 1)** Suscribió un contrato de trabajo a término indefinido con la sociedad demandada, el que perduró del 12 de marzo de 1984 al 31 de marzo de 2015;
- 2)** Desempeñaba el cargo de Director Línea Del Chiras;
- 3)** Devengaba \$3'753.000;
- 4)** Mientras estuvo vigente la relación laboral cumplió con todas y cada una de las obligaciones legales y contractuales, acatando órdenes e instrucciones;
- 5)** Recibió reconocimientos y ascensos;
- 6)** El 30 de marzo de 2015 fue citado por la demandada a una reunión en la Serrezuela Country Club- Mosquera - invitación que se extendió a más de 300 trabajadores, especialmente, a quienes llevaban más de 20 y 30 años, tenían algún tipo de discapacidad, o eran madres cabeza de hogar-, en la que le fue entregado un contrato de transacción y una carta de terminación del contrato de trabajo;
- 7)** Se negó a firmar el contrato de transacción, siendo presionado bajo el argumento de que si no lo hacía no le sería reconocido el bono de retiro;
- 8)** Manifestó que no era su consentimiento firmar el contrato de transacción, no obstante, contra su voluntad firmó el contrato, señalando que "*Me Reservo*

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-008-2018-00121 -01
Demandante: **RODOLFO HIDALGO MARTÍNEZ.**
Demandado: **PRODUCTOS RAMO S.A.**

el derecho A Revisión Reclamación, y si ubiere (sic) a demandar.310315.9:30 am"; **9)** El 01 de abril de 2015, se presentó a trabajar, pero le negaron su ingreso; **10)** La demandada no tuvo autorización del Ministerio del Trabajo o autoridad administrativa para llevar a cabo el despido colectivo de más de 300 trabajadores; **11)** El 16 de abril de 2015, la demandada pagó al actor una liquidación definitiva por la suma de \$164'463.135, y fue autorizado para que pudiera retirar sus cesantías; **12)** Su única fuente de ingresos era su trabajo; **13)** No ha podido vincularse laboralmente nuevamente, ya que supera los 50 años de edad; y **14)** Mediante Resolución 3030 del 27 de septiembre de 2017, el Ministerio del Trabajo sancionó a la demandada por terminar contrato a trabajadores que presentaban discapacidad o una afectación en su salud, entre los meses de marzo y abril de 2015.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos.

PRODUCTOS RAMO S.A. (fls. 84 a 93), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó cobro de lo no debido, improcedencia del reintegro, pago, compensación, cosa juzgada, y la genérica.

Aceptó la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, los extremos temporales del mismo; el último salario devengado por el demandante, así como que elaboró un contrato de transacción y una carta de terminación de contrato del actor; que autorizó el retiro de las cesantías del actor el 16 de abril de 2015; y que el actor al momento de firmar dejó la constancia, "*Me Reservo el derecho a Revisión Reclamación, y si ubiere (sic) a demandar.310315.9:30 am*".

Indicó que el contrato de trabajo del accionante finalizó de mutuo acuerdo, acto que se perfeccionó mediante la suscripción de un contrato de transacción; que la actitud del actor es temeraria, en la medida que carece de sentido que persiga la nulidad del acta de transacción, y no devuelva los valores que le fueron pagados, circunstancia que además genera un enriquecimiento sin justa causa; que la difícil situación financiera y económica que está atravesando originó la realización de un plan de retiro voluntario, en la que se acordó terminar el contrato de trabajo de varios trabajadores, quienes acudieron de manera libre y voluntaria a suscribir el contrato de transacción; que la constancia realizada por el actor al momento de suscribir el contrato de transacción está referida a la potestad de revisar la liquidación y el monto pagado, pero no que no estuviere de acuerdo con el pacto que estaba celebrando; y que el aludido plan de retiro voluntario no constituye despido, motivo por el que no era necesario acudir al Ministerio de Trabajo, para solicitar autorización para llevarlo a cabo.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 08 de abril de 2021 dictó **sentencia absolutoria.**

En síntesis refirió el A Quo, que no se encuentra suficientemente acreditado que sobre el accionante se hubiera efectuado algún tipo de fuerza, constreñimiento, o dolo, para que éste firmara el contrato de transacción; que conforme criterio de la Corte Suprema de Justicia nada impide que se efectúen planes de retiro voluntario de trabajadores, dado que, el trabajador goza de la autonomía de aceptarla o rechazarla; y que aunado a lo anterior, en caso de considerarse que fue ilegal el contrato de transacción, lo procedente no sería el reintegro sino el pago de la indemnización por despido sin justa causa, pues esta hubiera sido la sanción que a la entidad se le hubiera impuesto.

Finalmente, adujo que no hay lugar a reconocer las pretensiones subsidiarias, pues no se está en presencia de un despido, sino de una decisión a las que las partes arribaron de mutuo acuerdo, por lo que es no es dable pregonar que se está frente a un despido colectivo.

IV. RECURSO DE APELACIÓN.

LA PARTE DEMANDANTE indicó que no se analizó que el actor fue citado de manera sorpresiva a la reunión en la que se firmó el contrato de transacción, así como que esta era de carácter obligatorio; que en la reunión no se dio el tiempo de analizar el contenido del documento, y si bien lo firmó, dejó constancia que no era su voluntad suscribirlo; que el actor acreditó el vicio del consentimiento, no sólo con la nota que se plasmó en el contrato sino también si se tiene en cuenta que apenas trascurrió una hora entre el inicio de la reunión y la suscripción del acuerdo; que con el bono lo único que se hizo fue pagar su indemnización por despido injustificado; que el contrato de transacción va en contra de derechos ciertos e indiscutibles; que el testigo de la demandada no contaba con las facultades expresas para suscribir contratos de transacción, por lo que esto también le resta validez a dicho contrato; que se puede convalidar la renuencia del trabajador al no acceder a firmar otros documentos que le puso de presente su empleador; que al declararse la ilegalidad del despido ~~contrato de trabajo~~, lo procedente es el reintegro, pues queda sin piso el acto con el que se dio la terminación del contrato de trabajo; que la sanción del Ministerio de Trabajo recayó sobre 30 trabajadores, aproximadamente; que no se estudió el video que grabó el actor el 01 de febrero, donde se denota que no dejaron ingresar a varios trabajadores; y que el demandante se rehusó a recibir la suma que le fue reconocida.

Explicó que el contrato de transacción fue preestablecido; y que fueron muchos trabajadores los que demandaron, inconformes contra el contrato de transacción, por lo que no es dable considerar que no se está frente a un despido colectivo.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 07 de julio de 2021, se admitió el recurso de apelación. Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por el apoderado de la parte demandada, para ratificar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

V. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** se circunscribe a determinar si es dable considerar que el contrato de transacción que firmaron las partes y a través del que se dio por terminado el contrato de trabajo, debe ser declarado nulo al presentarse vicios en el consentimiento; y en caso de no estimarse así, deberá analizarse si se está frente a un despido colectivo.

ILEGALIDAD DEL CONTRATO DE TRANSACCIÓN.

Con respecto a la definición legal de la transacción en materia laboral lo cierto es que no existe en el Código Sustantivo del Trabajo, pues la normativa sustantiva laboral se limita a decir en el artículo 15 que: *“Es válida la transacción en los asuntos del trabajo, salvo cuando se trate de derechos ciertos e indiscutibles”*, pero no conceptualiza dicha institución. No obstante y aunque es cierto que el contrato de transacción en materia del derecho de trabajo no ha tenido reglamentación, ello no quiere decir que no pueda ser aplicable en materia laboral, conforme lo dispuesto en ese artículo 15 del C.S.T., ya mencionado.

Así mismo, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha explicado que cuando un trabajador se obliga a través de un contrato de transacción es necesario que su consentimiento **no adolezca de vicios**, esto es, de error, fuerza o dolo; en todo caso, cuando se alega alguno de estos, deben estar suficientemente acreditados en el juicio. Al punto, la máxima corporación de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral en sentencia SL787-2021 dijo:

“Sin perder de vista la naturaleza fáctica de la acusación, cabe recordar que el artículo 1502 del Código Civil preceptúa que para que una persona se obligue, es necesario que concurren, entre otros elementos, el consentimiento libre de vicios, es decir, que no adolezca de error, fuerza o dolo (artículo 1508 *ibídem*). Este postulado, adquiere especial relevancia cuando de una relación subordinada de trabajo se trata, toda vez que el trabajador es la parte débil de la ecuación contractual, de suerte que requiere una especie de acción afirmativa que procure aminorar la diferencia sustancial que caracteriza el vínculo. Por tal razón, en los casos en que se debaten cuestiones como la que ocupa la atención de la Sala, el juzgador debe prestar especial atención a la existencia de cualquier tipo de constreñimiento, presión, engaño, o violencia, que alteren la expresión libre de su voluntad.

Esta Corporación ha adoctrinado que los vicios del consentimiento no se pueden presumir por el juez laboral, sino que deben estar suficientemente acreditados dentro del juicio, en el entendido de que *«con arreglo a los arts. 1508 a 1516 del C.C, el error, la fuerza y el dolo como vicios del consentimiento capaces de afectar las declaraciones de voluntad, no se*

presumen, deben acreditarse plenamente en el proceso» (CSJ SL16539-2014, CSJ SL10790-2014 y CSJ SL13202-2015)».

Del mismo modo, se hace necesario recordar que en sentencia del 20 de junio 2012, Rad. 39369, reiterada recientemente en la SL2005-2021, se señaló que el **contrato de transacción pre-impreso o elaborado por el empleador** no deja sin valor ni efectos jurídicos el consentimiento puro y simple expresado por el trabajador, así como tampoco es una circunstancia que permita arribar a la conclusión de que el acuerdo estuvo viciado por error, fuerza o dolo. Expresamente dijo la sentencia en comentario:

“Asimismo, resulta intrascendente la circunstancia de que el acta en comentario estuviera preimpresa o elaborada por la propia empleadora, basta decir lo que en otras oportunidades ha reiterado esta Corporación, en cuanto a que ‘El hecho de que el mencionado documento fuera elaborado por la demandada, no deja sin valor ni efectos jurídicos el consentimiento puro y simple del actor expresado allí. Ni es tampoco una circunstancia inequívoca con la que se permita arribar a la conclusión de que el acuerdo estuvo viciado por error, fuerza o dolo’ (Sentencia del 4 de abril de 2006 radicado 26071)”.

En relación con la **fuerza** que alega la impugnante, tiene sentado la referida Corporación que para que la violencia llegue a viciar el consentimiento debe ser tan poderosa e irresistible que prive a la víctima de su discernimiento y albedrío, hasta el punto de que sea el querer del violento el que se imponga en la relación del negocio jurídico de que se trate. En sentencia SL17429-2017 señaló:

“Aquí es oportuno traer a colación lo dicho por esta Sala en sentencia CSJ SL, 23 abr. 1986, en la que se explicó que: *«para que la violencia llegue a viciar el consentimiento debe ser tan poderosa e irresistible que prive a la víctima de ella de su discernimiento y albedrío, hasta el punto de que sea el querer del violento el que se imponga en la relación del negocio jurídico de que se trate, y el juzgado apenas sea un mero portavoz de la persona que lo domina»*, características que brillan por su ausencia en el material probatorio obrante en el plenario”.

Así mismo, y en lo referente a la celebración de **planes de retiro por parte de las empresas** a fin de dar terminación al

contrato de trabajo, la aludida corporación en sentencia SL17429-2017 indicó:

“no existe prohibición alguna que impida a los empleadores promover planes de retiro compensados, ni ofrecer a sus trabajadores sumas de dinero a título de bonificación, pues tales propuestas son legítimas en la medida en que el trabajador está en libertad de aceptar o rehusar el ofrecimiento, tal como se dejó sentado en sentencia CSJ SL, 7 jul. 2009, rad. 36728, en donde se dijo:

[...] Y tampoco puede predicarse dolo determinante o siquiera incidental --artículo 1515 Código Civil--, del mero hecho de haber propuesto la demandada a sus trabajadores, y ante necesidades de reestructuración interna de la empresa, un plan de retiro voluntario compensado al cual con anterioridad a la citada fecha del 21 de septiembre de 2001 el trabajador aparece haberse acogido por medio de misiva de 18 de septiembre -- folio 79--. Y ello es así, por cuanto la Corte de tiempo atrás ha asentado que,

“Ni la ley ni las decisiones judiciales impiden que los empleadores promuevan planes de retiro compensado, ni es cierto que el ofrecimiento patronal de sumas de dinero a título de bonificación aceptadas voluntariamente por un trabajador constituye per se un acto de coacción. Por el contrario, tales propuestas patronales son una actuación legítima, en la medida en que el trabajador beneficiario de la bonificación o estímulo económico goza de libertad para aceptarla o rechazarla, de manera que esa sola circunstancia no es una presión indebida, ni error fuerza o dolo, sino un medio muchas veces idóneo y conveniente para ambas partes de resciliación contractual civilizada y justa de cara a las normales dificultades surgidas en el diario devenir de las relaciones laborales en la empresa, evitándose con ello frecuentemente una conflictividad crónica innecesaria entre las partes, que deteriora la armonía e impide la convivencia pacífica que debe presidir la ejecución de los contratos de trabajo. “En la vida del derecho, el mutuo consentimiento, o sea el acuerdo de voluntades entre dos o más personas para realizar un negocio jurídico, tiene en principio plena validez. Pero si el consentimiento de alguna de esas personas está viciado por error, fuerza o dolo, el acto es susceptible de invalidación. Por mutuo acuerdo entre empleador y empleado debe siempre celebrarse el contrato de trabajo. Y en la misma forma puede modificarse o aun extinguirse por resciliación. Pero esta última no exige esencialmente que la gratuidad sea el móvil determinante para uno o para ambos contratantes cuando quieran de consuno fenecer el contrato. Bien puede una de las partes ofrecerle a la otra una compensación en dinero o en especie para que acepte resciliar el contrato, sin que esa oferta pueda calificarse por sí misma como una forma de coacción o de violencia ejercida sobre la contraparte. Aquella manifestación expresa de uno de los contratantes de aceptar lo ofrecido por su contraparte no puede calificarse como intrínsecamente inválida, puesto que no cabe olvidar tampoco que el error, la fuerza o el dolo no se presumen sino que deben demostrarse plenamente por quien alegue haberlos padecido”

(Sentencia de casación de 18 de mayo de 1998, Radicación 10.608).

Tampoco la jurisprudencia ha aceptado que los aspectos escriturales de tales actos, como por ejemplo el lugar, el horario o tiempo requerido, el papel o los demás medios e instrumentos a través de los cuales éstos se materializan, permiten atribuir per se vicio del consentimiento del trabajador con la entidad suficiente para desquiciar el acto y predicar su invalidez”.

También cabe agregar, que la decisión de poner fin a la relación laboral por mutuo consentimiento, puede provenir bien del empleador o del trabajador (...). Negrillas por la Sala.

DEL CASO EN CONCRETO.

De lo probado en el proceso:

- i)** Rodolfo Hidalgo Martínez laboró al servicio de PRODUCTOS RAMO S.A. mediante contrato de trabajo a término indefinido desde el 12 de marzo de 1984 (fls. 33 y 34).
- ii)** El 30 de marzo de 2015 el actor fue invitado a una reunión para el 31 de marzo de 2015 en la Serrezuela Country Club- Mosquera; compromiso que se catalogó como de carácter obligatorio (fls. 20 a 34).
- iii)** El 31 de marzo de 2015, el accionante celebró con la demandada contrato de transacción para dar por finalizado su contrato de trabajo a partir de fecha, señalándose que se pagaría la suma de \$164'463.135, no obstante, el demandante dejó plasmada la siguiente nota: *“Me Reservo el derecho A Revisión Reclamación, y si ubiere (sic) A demandar”.* (fls. 36 a 38).
- iv)** Entre el 31 de marzo y el 01 de abril de 2015, se acogieron 269 trabajadores al plan de retiro voluntario propuesto por PRODUCTOS RAMO S.A. (fl.101).
- v)** Mediante la Resolución 3030 del 27 de septiembre de 2017, el Ministerio del Trabajo sancionó a la demandada con una multa de \$2.213'151.000, por cuanto dio por terminado el contrato de trabajo de 23

trabajadores que se encontraban en situación de discapacidad (fls. 43 a 48).

- vi)** El 21 de noviembre de 2017, PRODUCTOS RAMO S.A. interpuso los recursos de reposición y apelación contra la Resolución 3030 de 2017 (fls. 106 a 117).
- vii)** A través de la Resolución 5891 del 20 de noviembre de 2018 se revocó la Resolución 3030 de 2017, por cuanto no existía prueba que las personas despedidas se encontraban en situación de discapacidad (fls. 222 a 226).

Al proceso se arrimó la testimonial de **Jorge Alberto Cortés Bogotá e Isabel Cristina Pérez Muñoz**; testigos que se evaluarán con mayor rigurosidad de conformidad con el artículo 61 del C.P.T. y de la S.S., esto es, el principio de la libre formación del convencimiento, toda vez que el primer testigo tiene demanda contra la aquí accionada por razones similares a las que pretende la actora, y la segunda, fue representante del empleador en la firma de los contratos de transacción. Los testigos en mención manifestaron:

Jorge Alberto Cortés Bogotá, señaló que fue compañero de trabajo del actor en la empresa demandada; que la firma de su contrato de transacción se suscribió el 01 de abril del 2015; que las citaciones de trabajadores se desarrollaron en dos días, 31 de marzo y 01 de abril de 2015; **que no se encontró con el actor el día que fue a firmar el acuerdo**; que el día de la firma los hicieron seguir a un salón donde había una persona de la empresa, quien les comunicó que hasta esa fecha trabajaban con la empresa, que la suma que estaba ahí era la que les correspondía por ley, que debían firmar porque la empresa estaba en quiebra y que si no lo hacían los montos más adelante serían inferiores; que la persona que lo atendió lo presionó para que firmara, no le dio mucho tiempo para leer y que le dijo que firmara rapidito; **que no sabe qué información recibió el demandante**, pero el proceso fue similar al que les tocó a todos

los trabajadores; que le dieron como siete minutos para leer el contrato y **que al demandante no sabe si le dijeron lo mismo**; que el proceso fue el mismo para todos los trabajadores; que por lo que sabe a dos compañeros que no quisieron firmar, los devolvieron a la empresa y que seguirían trabajando, pero cuando fueron a trabajar no los dejaron entrar, los devolvieron al club a que arreglaran esa situación, y cuando fueron al otro día a firmar, el monto que les ofrecieron ya había disminuido; que quien lo atendió no aclaraba dudas, no lo dejó salir para hacer llamadas ni escribir una nota en la parte de abajo del contrato, que alguna inquietud tenía que hacerlo con un abogado; que el demandante le dijo, tiempo después, que en la parte de abajo del contrato dejó una inconformidad y que casi no le reciben esa hoja; que estaba en el turno de 2:00 A.M. a 10:00 P.M., y faltando 10 minutos para las 10:00 P.M. le llegó la circular de que debía presentarse al Club Serrezuela y que era de carácter urgente; y que esa citación fue la misma que le llegó al demandante.

Por su parte, **Isabel Cristina Pérez Muñoz** señaló que estuvo presente en el periodo de negociación que tuvo la empresa con los empleados del 31 de marzo al 01 de abril de 2015; que fue la persona que firmó las actas de transacción por parte de la empresa; que después del acuerdo de negociación, los trabajadores pasaban a firmar el acta; que las mesas estaban instaladas para que fuera llevada a cabo la negociación de manera individual con cada empleado; que todas las personas tuvieron la oportunidad de preguntar, mirar el acuerdo, ver lo que proponía la empresa y proponer una contrapropuesta; que el actor no hizo ninguna consulta, y no hizo ninguna pregunta; que hubo personas que no firmaron ese acuerdo, otros, que iban, salían, volvían, y consultaban con otras personas; que los que no firmaron el acuerdo se reincorporaron a sus labores, sin ninguna consecuencia en su contra; que el pago de las sumas acordadas de los trabajadores se hizo posterior a la firma, dentro de los días siguientes; y que no tenía facultades de representante legal para los días 31 de marzo y 01 de abril del 2015, solo como apoderada.

Sentado lo anterior, y conforme al acervo probatorio aludido, encuentra la Sala que al accionante le fue ofrecido un plan de retiro voluntario, sobre el cual, conforme a la sentencia SL17429-2017, no se configura *per se* un vicio del consentimiento, puesto que no existe prohibición que impida a los empleadores promover planes de retiro ni ofrecer a sus trabajadores sumas de dinero a título de bonificación, en tanto es el trabajador quien puede en ejercicio de su libertad aceptar o rehusar el ofrecimiento; aunado a ello, esta circunstancia (la de llevar una preforma) por sí sola tampoco constituye una presión indebida, error, fuerza o dolo, por el contrario, es un medio idóneo para la resciliación contractual de cara a las normales dificultades surgidas en el diario devenir de las relaciones laborales en la empresa.

Así las cosas, nada impedía que la empresa citara a una reunión al demandante, y que le ofreciera en esta un plan de retiro voluntario, pues si bien la aludida reunión se anunció como de carácter obligatorio, esto no conllevaba ni implícita, ni tácitamente que el actor tuviera que firmar el acuerdo presentado, pues por el contrario, éste quedaba en la libertad de aceptar o rechazar tal ofrecimiento, sin que el carácter obligatorio, de la reunión implicara la forzosa aceptación de las condiciones que le fueron señaladas en esta.

En otras palabras, la Sala evidencia que no existe ninguna prueba en el plenario que dé cuenta que el empleador ejerció algún tipo de fuerza o coacción para que el demandante suscribiera el contrato de trabajo, no siendo suficiente para tal efecto el testimonio de Jorge Alberto Cortés Bogotá, pues es un testigo indirecto, quien basa su declaración en suposiciones y en información que el mismo demandante le suministró, ello, como quiera que ni siquiera estuvo presente el mismo día en que al actor le ofrecieron su plan de retiro.

En igual sentido, y en lo que respecta al tiempo que tuvo el demandante para analizar la propuesta contenida en el contrato de transacción, no obra prueba de que al demandante se le hubiese coaccionado para suscribir el contrato de transacción en un tiempo determinado, por demás que la testigo Isabel Cristina Pérez Muñoz, quien fue la representante del empleador en la suscripción de dicho documento, informó que a él y a todos los trabajadores se le brindaron todas las posibilidades para que pudieran consultar con familiares, amigos, abogados, y que el actor en ningún momento solicitó tal asesoramiento; testigo que a juicio de la Sala resulta creíble como quiera que el testigo Jorge Alberto Cortés Bogotá, informó de la posibilidad de no firmar y luego regresar al club donde se estaban llevando a cabo los planes de retiro voluntario, pese a que posteriormente le disminuyeran el monto inicialmente ofrecido, circunstancia que en todo caso, hace parte del proceso negocial, y podía en ese orden de ideas, ser aceptada o no por el actor.

Valga la pena precisar frente al punto que, si bien la testigo Isabel Cristina Pérez Muñoz informó que en la reunión que sostuvo con el actor no ostentaba la calidad de representante legal de PRODUCTOS RAMO S.A., sí señaló que era apoderada especial de ésta, situación que se constata al revisar el documento contentivo de la transacción, (fl xxxx) por lo que, en virtud de tal situación podía representar al empleador, recuérdese que el literal a) del artículo 32 del C.S.T. establece que es representante del empleador, "*quienes ejercitan actos de representación con la aquiescencia expresa o tácita del empleador*".

También cabe agregar, que la nota plasmada por el demandante en el contrato de transacción que textualmente se lee: "*Me reservo el derecho A Revisión Reclamación, y su ubiere (sic) A demandar*", no tiene el alcance para determinar que el accionante no consintió su celebración, pues no hubo dentro del trámite del proceso judicial, controversia en cuanto a su firma,

es decir, que el demandante nunca señaló que no suscribió el contrato transaccional. Aunado a lo anterior, la nota objeto de estudio, es genérica y ambigua, no dice nada acerca de lo que eventualmente sería objeto de revisión, reclamación, o demanda, ni mucho menos se logra inferir que la otra parte en la celebración del acto, esto es, el empleador, hubiera aceptado dicha cláusula, pues por el contrario en el clausulado del contrato se extrae claramente que el trabajador aceptó lo siguiente:

- *“Al momento de la terminación se presentaron algunas **inquietudes** en cuanto a si además de lo contenido en la liquidación final de acreencias laborales que se presenta a HIDALGO MARTÍNEZ RODOLFO, se pudieron causar algunos derechos adicionales como consecuencia de la ejecución y la terminación del vínculo contractual. Las partes manifiestan que **superaron toda inconformidad**, habiendo convenido una fórmula de arreglo para precaver cualquier litigio”.*
- *“PRODUCTOS RAMO S.A. reconoce y paga a HIGALGO MARTÍNEZ RODOLFO la suma bruta de \$164'463.135 a título de suma única para **transigir y compensar cualquier eventual litigio**”.*
- *“PRODUCTOS RAMO S.A. y HIDALGO MARTÍNEZ RODOLFO convienen que para todos los efectos el contrato de trabajo **se entiende finalizado por mutuo acuerdo** el día 31 de marzo de 2015”.*
- *“PROCUTOS RAMO S.A. y HIDALGO MARTÍNEZ RODOLFO reconocen que han cumplido a satisfacción con sus obligaciones, y en consecuencia de buena fe se declaran **PAZ y SALVO** por todo concepto”.*
- *“HIDALGO MARTÍNEZ RODOLFO reconoce **haber revisado** el detalle de la liquidación final de acreencias laborales, la cual se adjunta en el anexo que hace parte de este contrato para todos los efectos legales a que haya lugar, declarando su aprobación sobre la misma ya que se*

encuentra acorde con los derechos establecidos en la ley, los cuales fueron considerando los ingresos base de liquidación aplicables, según los salarios devengados u todos los pagos constitutivos de salario reconocidos a EL EX TRABAJADOR, y que en este actor se ratifican”.

Así mismo, y en lo que respecta a que el tiempo de la reunión fue poco, pues tan sólo transcurrió una hora contada a partir del inicio de esta y la suscripción del contrato de transacción, dicha circunstancia, primero no está probada y segundo resulta ser insuficiente para establecer que se está frente a un contrato que se tornó en ilegal y/o nulo, pues aunado a que una hora no es un tiempo corto para proponer, discutir y suscribir sobre la posibilidad de firmar un plan de retiro, como quedó visto el actor al momento de suscribir el contrato presentó inquietudes y según lo que quedó plasmado en el documento se superó cualquier inconformidad.

De igual manera, no se encuentra que el contrato de transacción vulnerara derechos mínimos e indiscutibles del trabajador, pues la liquidación final de prestaciones sociales del actor arrojaba la suma de \$5'869.821, y la indemnización por despido sin justa causa por el término que laboró el accionante (31 años y 19 días), teniendo como base salarial, \$3'753.000, \$78'745.050, esto es, un total \$84'814.871, suma muy inferior a la que se reconoció con el acuerdo transaccional, que como se dijo fue de \$164'463.135; por lo que, de ninguna manera se puede concluir que la suma ofrecida vulneró derechos ciertos e indiscutibles del trabajador demandante.

Adicionalmente, no se encuentra que el actor se hubiere resistido a recibir el dinero objeto de transacción, pues en el contrato se pactó que *“el monto convenido será consignado en la cuenta bancaria en la que le ha pagado PRODUCTOS RAMO S.A., su salario hasta la fecha y que se encuentra registrada actualmente en la empresa, dentro de lo diez (10) días siguientes*

a la firma de este contrato”, y este dinero fue consignado a través de Davivienda el 08 de abril de 2015, como fue pactado (fl. 96). Ahora, y si a lo que se refiere la impugnante es a la autorización del empleador para que el trabajador retirara las cesantías que tenía en el fondo Protección S.A. obrante a folio 42, basta con señalar que el valor que se plasmó en el contrato de transacción no incluía las cesantías que ya hubieren sido consignadas, por demás que estas constituían un derecho mínimo e irrenunciable, de las que en todo caso, el empleador no hubiera podido disponer.

Finalmente, y en cuanto al video obrante a folio 155, que la activa señala como no valorado por el juez de primer grado, debe advertirse que la Sala no encuentra el mismo como una prueba idónea para dar crédito a los dichos de la demanda, por cuanto en primer lugar el mencionado registro de video no tiene fecha ni hora para establecer de forma inequívoca que registró los acontecimientos del 01 de febrero de 2015, en segundo lugar tampoco da cuenta del momento en el que se celebró el contrato de transacción entre las partes, por lo que es insuficiente para derruirlo. Igualmente, la Resolución 3030 de 2017 pese a imponer una sanción a PRODUCTOS RAMO S.A., ésta posteriormente fue revocada mediante la Resolución 5891 de 2018, por demás que se impuso por el despido de trabajadores en situación de discapacidad, y no, por aquellos a quienes suscribieron el contrato transaccional.

Por tanto, se CONFIRMARÁ en este sentido la sentencia y se procederá a estudiar la pretensión subsidiaria.

DESPIDOS COLECTIVOS.

Solicita el demandante se declare que la sociedad demandada incurrió en un despido colectivo, no obstante, y como quedó visto a lo largo de la providencia, no se está frente a un despido, por el contrario, la relación laboral entre las partes finalizó como consecuencia de un **acuerdo de voluntades**

plasmado en un documento denominado plan de retiro voluntario, es decir, de mutuo acuerdo. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL19463-2017, señaló:

“Así las cosas, al concluirse que la terminación de los contratos de trabajo de los demandantes, no ocurrió por un despido sin justa causa, sino por mutuo consentimiento con la empleadora, ello conlleva al no cumplimiento de uno de los requisitos previsto en los artículos 51^a y 52^a de la convención colectiva de trabajo.

En un caso similar se pronunció esta Corporación, en sentencia CSJ SL 11003-2017, en la cual asentó que:

Esta última premisa no se encuentra satisfecha en el caso en estudio, pues es un hecho sin discusión y objeto de expresa aceptación en el cargo, que la recurrente y la Cervecería Águila S.A., conciliaron ante el Ministerio del Trabajo el finiquito del vínculo laboral, que fue por «(...) mutuo consentimiento (...)», circunstancia que impide el reconocimiento pensional, tal como lo concluyó el juez de apelaciones.

Sobre el particular, la Sala en sentencia SL38435, 4 may. 2010, al analizar el mutuo consentimiento como incumplimiento de los requisitos convencionales para acceder a la pensión discutida, puntualizó:

*Así mismo, no se configura el derecho a la pensión de jubilación de carácter convencional consagrada en la cláusula 52^a (folio 568), que trae como requisito o exigencia para que el trabajador con más de 20 años de servicios pueda pensionarse con 50 años de edad, que haya sido “**despedido sin justa causa**”, lo cual **no se cumple en esta oportunidad, si se tiene en cuenta que como atrás suficientemente se explicó, el motivo de la ruptura del contrato de trabajo lo fue el mutuo acuerdo de las partes**”.*

Por las razones anteriores la sala comparte la decisión del A Quo frente a las pretensiones subsidiarias, por cuanto claramente no se está en presencia de un despido, sino de una decisión a la que las partes arribaron de mutuo acuerdo, lo que de suyo lleva a desestimar que además se está frente a un despido colectivo.

Por lo brevemente expuesto, se CONFIRMARÁ la sentencia.

VII. COSTAS.

Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E

PRIMERO. - **CONFIRMAR** la sentencia de origen y fecha conocidos por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO - Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

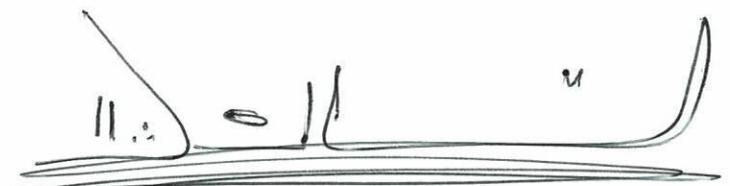
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

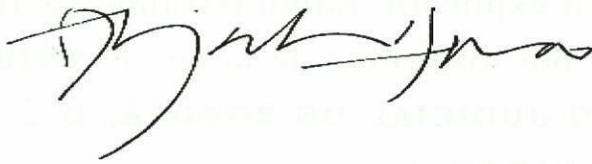
Código Único de Identificación: 11 001 31 05-008-2018-00121 -01

Demandante: **RODOLFO HIDALGO MARTÍNEZ.**

Demandado: **PRODUCTOS RAMO S.A.**

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$250.000 a cargo de la parte actora.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Código Único de Identificación: 11001310502220190067301
Demandante: **MARÍA EMMA RIVEROS DE CÁRDENAS**
Demandado: **COLPENSIONES**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada ponente.

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 002

AUTO

Tener como apoderada sustituta de Colpensiones a la Dra. Jennifer Ximena Lugo Rojas, identificada con T.P. No. 283.299 del C.S de la J., en los términos y para los fines indicados en la sustitución de poder allegada.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el Grado Jurisdiccional de Consulta de la sentencia proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, el 18 de marzo de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **MARÍA EMMA RIVEROS DE CÁRDENAS** promoviese contra **COLPENSIONES**.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES.

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende la actualización del ingreso base de liquidación -IBL- de la pensión de la demandante, para que se tome el resultado de los últimos 10 años laborados; como consecuencia de ello, depreca se condene a Colpensiones a la indexación de la primera mesada pensional y al pago de las diferencias resultantes entre el valor pagado actualmente y el que surja luego de la indexación solicitada.

2. HECHOS.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumentó que:

1) Cotizó al sistema de seguridad social en pensión hasta el 31 de diciembre de 1995, tal como se acredita en la Resolución 020659 del 18 de mayo de 2009 proferida por el ISS; **2)** Laboró hasta el 31 de diciembre de 1995, época para la cual acreditó los 20 años de aportes al sistema de seguridad social en pensiones; **3)** Cumplió 55 años el 24 de agosto de 2008, siendo esta la edad exigida para acceder a la prestación pensional, por lo que en ese mismo año presentó la solicitud de reconocimiento pensional; **4)** De conformidad con la certificación de tiempos laborados, en ingreso promedio del último año corresponde a la suma de \$317.288, valor que equivale a 2.7 veces el salario mínimo de la época; **5)** El reconocimiento pensional se realizó 14 años después de su retiro, habiendo transcurrido un tiempo significativo en el cual el valor del IBL perdió capacidad de poder adquisitivo; **6)** Al actualizar el valor del IBL, durante los últimos 10 años trabajados, se evidencia que este corresponde a la suma de

89

Código Único de Identificación: 11001310502220190067301

Demandante: **MARÍA EMMA RIVEROS DE CÁRDENAS**

Demandado: **COLPENSIONES**

\$1.012.448 y que su 75% corresponde al valor de \$759.336 y no como fue liquidado en la Resolución por medio de la cual le reconocieron la pensión de vejez que fue de \$541.784; **7)** Elevó derecho de petición ante Colpensiones solicitando la indexación de la primera mesada pensional; **8)** En respuesta se recibió y notificó la Resolución 2019-634551 del 21 de junio de 2019, mediante la cual negaron la solicitud.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos:

COLPENSIONES (fls. 52 a 61) se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó: inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe, no configuración del derecho al pago del IPC ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, pago, carencia de causa para demandar, compensación, prescripción, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica.

Expuso que, mediante Resolución No. 020659 del 18 de mayo de 2009, el ISS reconoció una pensión de vejez a la demandante a partir del 24 de agosto de 2008 en cuantía inicial de \$503.189, y frente a la cual, se interpusieron los recursos de reposición y apelación, solicitando la reliquidación de la pensión, por ello, mediante Resolución VPB 19170 del 27 de abril de 2016, Colpensiones resuelve un recurso de apelación y reconoce la reliquidación de la pensión de vejez con base en 1051 semanas cotizadas, a partir del 14 de agosto de 2012 y en cuantía de \$598.817; posteriormente la hoy accionante solicita, mediante radicado No. 2019_634551 del 17 de enero de 2019, la indexación de la primera mesada pensional.

Resaltó que la asegurada disfruta de una pensión, la cual ha sido actualizada conforme al artículo 14 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 41 del Decreto 692 de 1994.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante la providencia del 18 de marzo de 2021, en la que dictó **sentencia absolutoria**.

Como fundamento de su decisión adujo, en síntesis, que asunto bajo estudio ha sido objeto de múltiples pronunciamientos por parte de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, siendo su última posición jurisprudencial, adoptada de manera pacífica y reiterada, el reconocer la indexación del IBL de todas las pensiones, sin importar su origen ni la fecha en la cual se causaron o concedieron, debido a los mandatos de la Constitución de 1991.

Señaló que el IBL de este tipo de pensiones debe ser objeto de corrección monetaria, para que de esa forma mantenga su valor adquisitivo constante acorde al comportamiento de la economía, tal y como lo ha señalado la citada Corporación en la sentencia SL 911 de 2017.

En cuanto a la actualización de la primera mesada pensional, adujo que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 439 de 2013, reiteró la fórmula para actualizar la misma, la cual ha sido replicada en proveídos SL 2936 de 2018 y SL 100 de 2019. Frente al I.B.L trajo a colación en el análisis lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, los supuestos fácticos para considerarse destinatario del artículo 21, ídem y lo explicado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte en sentencias como la SL 4086 de 2017 y SL 4961 de 2018, entre otras.

Código Único de Identificación: 11001310502220190067301

Demandante: **MARÍA EMMA RIVEROS DE CÁRDENAS**

Demandado: **COLPENSIONES**

Para el caso concreto, explicó, que a la demandante le faltaban más de 10 años para obtener su derecho a la pensión a la entrada en vigencia del sistema general de seguridad social en pensiones, esto es 1° de abril de 1994 y, teniendo en cuenta que acreditó más de 1.033 semanas cotizadas, su IBL debe obtenerse con lo promediado durante los últimos 10 años laborados. Por ello, dijo, realizadas las operaciones matemáticas correspondientes, se obtiene, con lo cotizado durante los últimos 10 años, un IBL debidamente actualizado para el año de reconocimiento de la prestación, esto es 2009, la suma de \$765.683 que, al aplicarle la tasa de reemplazo del 75% arroja una mesada por valor de \$574.262, suma que resulta inferior a la reajustada y reconocida mediante Resolución VPB 19170 del 27 de abril de 2016.

IV. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 07 de julio de 2021, se admitió el grado de Consulta en favor de la demandante.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, por auto del 17 de septiembre del 2021, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por el (la) apoderado (a) de Colpensiones para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, que la competencia de esta Corporación a la luz de lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, según el cual, las sentencias que fueran totalmente adversas al trabajador, afiliado o beneficiario, deben surtir el Grado Jurisdiccional de Consulta.

Código Único de Identificación: 11001310502220190067301
Demandante: **MARÍA EMMA RIVEROS DE CÁRDENAS**
Demandado: **COLPENSIONES**

V. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior, la Sala tendrá como problemas jurídicos a resolver: **i)** si es procedente la reliquidación de la pensión de vejez pretendida por la demandante, teniendo como IBL el promedio de los últimos 10 años cotizados y, **ii)** si procede la indexación de la primera mesada pensional y el correspondiente pago de las diferencias que pudieran generarse entre lo actualmente pagado y la suma indexada.

RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE VEJEZ.

El inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 estableció un régimen de transición, señalando que frente a las pensiones gobernadas por regímenes anteriores a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, únicamente es dable acudir a ellas, en lo atinente a los requisitos de edad, tiempo o número de semanas cotizadas, y monto, por lo que, las demás situaciones quedaron reguladas por la Ley 100 de 1993.

Al punto, establece la norma en cita:

“ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014*, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

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 (...)”

Por tanto, el ingreso base de liquidación o I.B.L. no es uno de los elementos a los que se puede acudir del régimen anterior, de manera que debe ser calculado teniendo en cuenta lo que al respecto dispone la Ley 100 de 1993 y la normatividad que la reglamenta.

Bajo tal entendimiento, se debe calcular el ingreso base de liquidación a las personas que son beneficiarias del régimen de transición, así: **i)** a quienes le faltaban menos de diez años para adquirir el derecho a la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, el ingreso se establecerá con el promedio de lo devengado en el tiempo que les hacía falta para pensionarse o el cotizado durante todo el tiempo laboral si este fuere superior, mientras que **ii)** a quienes le faltaban más de diez años para adquirir el derecho a la misma fecha, dicho ingreso corresponde a lo previsto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, es decir, será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez años anteriores al reconocimiento de su pensión o el promedio del ingreso base calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, si éste fuera más favorable, siempre que haya cotizado 1250 semanas; criterio que ha sido expuesto por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencias como la del 15 de febrero de 2011, Rad. **43336**, 08 de mayo de 2013, Rad. **42529**, y 06 de abril de 2016, Rad. **51152**; que además ha sido acogido por la H. Corte Constitucional en sentencia **SU-230 de 2015**.

Valga la pena precisar que fue el mismo legislador quien estableció que el ingreso base de liquidación de los beneficiarios del régimen de transición estaría regulado por el nuevo modelo pensional en las disposiciones antes mencionadas y, por lo mismo, no habría lugar a confrontar más de una interpretación frente a norma jurídica que resulta clara al respecto (CSJ SL1049 y SL1734 ambas de 2015).

Código Único de Identificación: 11001310502220190067301
Demandante: **MARÍA EMMA RIVEROS DE CÁRDENAS**
Demandado: **COLPENSIONES**

INDEXACIÓN DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL.

La Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 16 de octubre de 2013, Rad. 47709, reiterada en la SL2515-2017, luego de efectuar un recuento jurisprudencial acerca de la figura de la indexación, consideró: (i) que la pérdida del poder adquisitivo de la moneda es un fenómeno que puede afectar a todos los tipos de pensiones por igual; (ii) que al no existir prohibición expresa alguna por parte del legislador, de indexar la primera mesada causada con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, no hay cabida para hacer discriminaciones fundadas en la naturaleza de la prestación o en la fecha de su reconocimiento y (iii) que cualquier diferenciación al respecto, resulta injusta y contraria al principio de igualdad.

“Cabe aclarar que el criterio adoctrinado de la Sala, consistente en que toda pensión, ya sea legal, convencional, voluntaria o extralegal, es susceptible de ser indexada en su base salarial con el fin de establecer el monto de la primera mesada, causada antes o después de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, no está basado exclusivamente en la sentencia de constitucionalidad C-862 de 2006 que refiere el recurrente, pues en esencia se fundamenta, en los mandatos de los artículos 48 y 53 de la Constitución Política, que imponen mantener el poder adquisitivo constante de las pensiones.

En efecto, esta Sala de Casación mediante la sentencia CSJ SL736-2013, luego de efectuar un recuento jurisprudencial acerca de la figura de la indexación, concluyó: (i) que la pérdida del poder adquisitivo de la moneda es un fenómeno que puede afectar a todos los tipos de pensiones por igual; (ii) que al no existir prohibición expresa alguna por parte del legislador, de indexar la primera mesada causada con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, no hay cabida para hacer discriminaciones fundadas en la naturaleza de la prestación o en la fecha de su reconocimiento y (iii) que cualquier diferenciación al respecto, resulta injusta y contraria al principio de igualdad”.

Así mismo, la misma corporación estableció, en variada jurisprudencia, como en la sentencia del 06 de diciembre de 2007, Rad. 32020, que para calcular la indexación se debe tener en cuenta la siguiente formula: $VA = VH \times IPC \text{ Final} / IPC \text{ Inicial}$;

donde: VA = IBL o valor actualizado; VH = Ingreso base de cotización; IPC Final = Índice de Precios al Consumidor de la última anualidad de la fecha de causación de la pensión; e IPC Inicial = Índice de Precios al Consumidor de la última anualidad para cada ingreso base de cotización.

DEL CASO CONCRETO.

De lo probado en el proceso

- i) María Emma Riveros de Cárdenas nació el 24 de agosto de 1953, tal y como da cuenta la copia del documento de identidad, visible a folio 19;
- ii) La actora cotizó al régimen de prima media 1.033 semanas, conforme se indica en la Resolución SUB 160547 del 21/06/2019 (fls. 11 a 14 y 57);
- iii) Mediante Resolución 020659 del 18 de mayo de 2009 le fue reconocida pensión de vejez de conformidad con el régimen de transición y la Ley 71 de 1988, a partir del 24 de agosto de 2008, con una mesada inicial de **\$503.189** (fl. 7 a 9 y 57); mesada que la entidad se negó a reliquidar conforme lo indicó en las Resoluciones GNR 349397 del 5 de noviembre de 2015, (fl. 57 Archivo GRF-AAT-RP-2015_7450448-20151105085656.pdf); y GNR 13992 del 19 de enero de 2016 (Fl. 57 Archivo GRF-AAT-RP-2015_11583600-20160119083813.pdf);
- iv) No obstante, con Resolución VPB 19170 del 27 de abril de 2016, Colpensiones resolvió un recurso de apelación y revocó la Resolución GNR 349397 del 5 de noviembre de 2015, reconociendo la reliquidación de la pensión de vejez de la actora, en cuantía inicial de **\$598.817** a partir del 14 de agosto de 2012 (Fl. 57 Archivo GRF-AAT-RP-2015_11583600_2-20160427115205.pdf);
- v) El 17 de enero de 2019 la demandante solicitó nuevamente la reliquidación de la pensión (Fl. 57 Archivo

GRP-FSP-AF-2019_634551-20190117090328.pdf);
siendo ello negado mediante Resolución SUB 160547 del
21 de junio de 2019, (fl. 11 a 14).

En el caso bajo estudio, se tiene que la pensión de vejez de la actora fue reconocida de conformidad con el régimen de transición y la **Ley 71 de 1988**, siendo su aspiración que se reliquide teniendo en cuenta el IBL de los últimos 10 años laborados y como consecuencia de ello se indexe la primera mesada pensional.

Pues bien. En el análisis se encuentra que a la actora le faltaban más de 10 años para pensionarse a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, puesto que la edad pensional la cumplió el 24 de agosto de 2008, dado que nació el mismo día y mes de 1953. Así, la liquidación de la pensión debe hacerse de conformidad con el art. 21 de la Ley 100 de 1993, esto es con el **promedio de lo devengado en los últimos 10 años**, tal y como fuere solicitado en la demanda.

Efectuadas las operaciones aritméticas de rigor que se incorporan, teniendo en cuenta los formatos CLEBP y la historia laboral allegados en el disco compacto visible a folio 57, se encuentra que el valor de la mesada inicial, corresponde a una suma superior a la reconocida por Colpensiones mediante Resolución 020659 del 18 de mayo de 2009¹ y reliquidada mediante Resolución VPB 19170 del 27 de abril de 2016², esto es **\$743.239,92**, suma que fue debidamente indexada, razones por las cuales deberá REVOCARSE la sentencia consultada para en su lugar declarar que a la demandante Riveros le asiste derecho a la reliquidación de la pensión reconocida.

¹ Fls 7 a 9 y 57

² Fl. 57 Archivo GRF-AAT-RP-2015_11583600_2-20160427115205.pdf

93

Código Único de Identificación: 11001310502220190067301
Demandante: **MARÍA EMMA RIVEROS DE CÁRDENAS**
Demandado: **COLPENSIONES**

Sentado lo anterior, procede la Sala a determinar si operó el fenómeno de la **prescripción**.

Al punto, ha de indicarse que, en el presente asunto la prestación pensional fue reconocida mediante Resolución 020659 del 18 de mayo de 2009, frente a la cual se interpusieron los recursos de reposición y apelación, habiéndose resuelto este último con la Resolución VPB 19170 del 27 de abril de 2016 la cual, conforme el archivo GEN-RES-CO-2016_5667601-20160602122706.pdf obrante en el medio óptico de folio 57, que fue notificada el **02 de junio de 2016**; y se demandó el **24 de septiembre de 2019** (fl. 48), esto es luego de los tres años siguientes al agotamiento de la reclamación, razón por la cual sin lugar a dudas operó el fenómeno prescriptivo de que tratan los artículos 488 y 489 del CST y 151 del CPTSS.

De modo que se condenará por concepto de retroactivo, a las diferencias pensionales que surjan de las mesadas causadas del **24 de septiembre de 2016**, hasta la mensualidad que sea incluido en nómina el reajuste pensional, teniendo como mesada pensional para el **año 2016** la suma de **\$1.009.616**.

Ahora bien, como quiera que las operaciones matemáticas que fueron efectuadas con apoyo del Grupo Liquidador de esta Corporación ya incluyen la indexación, no hay lugar a imponer condena nuevamente por este concepto.

Corolario de lo anterior, se **REVOCARÁ** la sentencia consultada, y en su lugar se ordenará a Colpensiones a reliquidar la pensión de la demandante, teniendo en cuenta como mesada pensional para el año 2008 la suma de **\$743.239,92**. Igualmente, se condenará por concepto de retroactivo, las diferencias pensionales que surjan entre las mesadas causadas del 24 de septiembre de 2016, hasta la mensualidad que sea incluido en nómina el reajuste pensional, teniendo como mesada pensional para el **año 2016** la suma de **\$1.009.616**

Código Único de Identificación: 11001310502220190067301
Demandante: **MARÍA EMMA RIVEROS DE CÁRDENAS**
Demandado: **COLPENSIONES**

VII. COSTAS

Sin costas en esta instancia. Las de primera a cargo de Colpensiones.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E:

PRIMERO. - REVOCAR la sentencia consultada. Como consecuencia, se dispone:

- 1.1. **CONDENAR** a Colpensiones a reliquidar la pensión reconocida a favor de María Emma Riveros Cárdenas, teniendo como mesada inicial, esto es la de agosto de 2008, la suma de **\$743.239,92.**
- 1.2. **CONDENAR** a Colpensiones a reconocer y pagar a favor de María Emma Riveros Cárdenas, por concepto de retroactivo, las diferencias pensionales que surjan entre las mesadas causadas del 24 de septiembre de 2016, hasta la mensualidad que sea incluido en nómina el reajuste pensional, teniendo como mesada pensional para el **año 2016** la suma de **\$1.009.616.**
- 1.3. **ABSOLVER** a Colpensiones de las demás pretensiones incoadas en su contra.

SEGUNDO. - Sin costas en esta instancia. Las de primera a cargo de Colpensiones.

Código Único de Identificación: 11001310502220190067301

Demandante: **MARÍA EMMA RIVEROS DE CÁRDENAS**

Demandado: **COLPENSIONES**

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

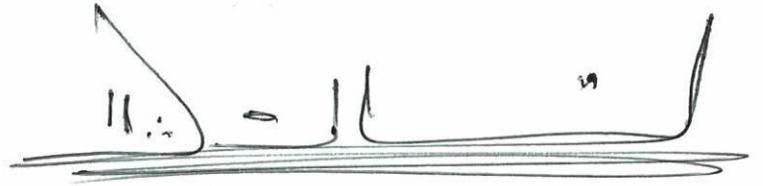
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J CORREA STEER

Código Único de Identificación: 11001310502420190075201

Demandante: **MAURO SANABRIA SALGADO**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada ponente.

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 002

AUTO

Téngase como apoderado sustituto de Colpensiones al doctor Hernán Felipe Jiménez Salgado, identificado con TP No. 211.401 del C.S. de la J., en los términos y para los fines indicados en la respectiva sustitución de poder.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas, y a estudiar en GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de Colpensiones, la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, el 06 de mayo de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **MAURO SANABRIA SALGADO** promoviese contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -**

**COLPENSIONES Y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. Hechos y Pretensiones

En lo que aquí concierne, con la demanda se pretende se declare la nulidad del traslado efectuado por el demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), a través de la AFP Porvenir S.A.

Como consecuencia de lo anterior, depreca se ordene a Porvenir S.A. al traslado a Colpensiones de todos los aportes junto con sus rendimientos, y a esta última a activar la afiliación del actor al régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPMPD).

Como fundamento de sus pretensiones, narra los siguientes hechos:

1) Se afilió al ISS desde el 16 abril de 1985; **2)** El día 3 de abril de 1997 suscribió formulario de afiliación con Porvenir S.A.; **3)** Al momento de la afiliación a Porvenir S.A., dicha entidad no le brindó la información adecuada y completa acerca del RAIS; **4)** El 3 de octubre de 2019 radicó ante Colpensiones reclamación administrativa, solicitando la nulidad del traslado.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

PORVENIR S.A. (Fl. 80 a 125), contestó la demanda, con oposición a todas y cada una de las pretensiones, tras declarar que no eran ciertos o que no le constaban la mayoría de los hechos y en su defensa propuso como excepciones de mérito las que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

COLPENSIONES, (fl. 147 a 176), contestó la demanda, se opuso a todas las pretensiones, tras declarar que no le constaban la mayoría de los hechos y en su defensa propuso como excepciones de mérito las que denominó inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la genérica.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La *a quo* dictó sentencia condenatoria, declarando la **ineficacia** de la afiliación del demandante a Porvenir S.A. efectuada el 3 de abril de 1997, ordenando a esta entidad a trasladar a Colpensiones los valores recibidos con motivo de la afiliación del actor, tales como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado y todos los valores que obren en la cuenta de ahorro individual del actor, junto con los gastos de administración; además, le ordenó a Colpensiones a recibir al demandante como su afiliado, actualizar y corregir su historia laboral.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A., argumentó que, cuando el demandante tomó la decisión libre y voluntaria de trasladarse la AFP cumplió a cabalidad con todas las obligaciones que le correspondían en materia de información para el año 1997, atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes para ese momento, habiendo el actor recibido la información veraz y suficiente para comprender las consecuencias del traslado de régimen pensional que estaba realizando.

Precisó que para dicha data no se encontraba vigente algún tipo de obligación de documentar la información que se le estaba brindando y simplemente bastaba con la suscripción del formulario de afiliación, resultando un imposible jurídico y material obligar a esa AFP demostrar el cumplimiento de obligaciones que no se encontraban vigentes al momento de la afiliación del actor y que nacieron con posterioridad a la vida jurídica.

Indicó que el deber de información no debe entenderse como de resultado sino de medio y tampoco debe entenderse de manera unilateral porque el demandante también estaba en la obligación de informarse sobre su situación pensional, máxime cuando goza de plena capacidad en los términos del Código Civil y ha ratificado por más de 20 años la voluntad y vocación de permanencia en el RAIS,

Indicó que la condena frente a la devolución de los gastos de administración resulta improcedente, teniendo en cuenta que por los efectos de la ineficacia el actor no estuvo afiliado a Porvenir S.A., pues conforme estos efectos esa AFP nunca administró los aportes del actor, nunca nacieron a la vida jurídica los rendimientos, que se están obligando a devolver, adicionalmente, debe tenerse en cuenta que estos gastos de administración tienen una destinación legal, se encuentran

Código Único de Identificación: 11001310502420190075201

Demandante: **MAURO SANABRIA SALGADO**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

establecidos en la Ley 100 de 1993, por lo que ese fondo actuó con plena sujeción de la norma y que tanto en el RPM como en el RAIS los gastos de administración surgen como gestión a la buena administración y cuidado de los recursos depositados por los afiliados e indicó que esos gastos de administración no hacen parte de la pensión, por lo que su devolución constituiría en un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, entidad que en los últimos 20 años no ha realizado gestión alguna en la administración de los aportes del demandante, ocasionándose un detrimento patrimonial de Porvenir S.A., entidad que sí ha realizado una buena administración de los aportes del actor.

COLPENSIONES expuso, que el demandante se encuentra en la prohibición normativa de trasladarse y retornar al RPM, ya que cuenta con 53 años, además, Colpensiones no se encuentre excluido del precepto de libre escogencia del régimen, de tal suerte que la única limitante a este derecho es que una vez efectuada la afiliación inicial, el potencial afiliado solo puede trasladarse de régimen una vez cada 5 años y si es decisión del afiliado trasladarse firmando para ello el formulario de afiliación, debe concluirse que el acto de vinculación del actor produce todos sus efectos con una sola manifestación por escrito de quien se une al régimen que ha seleccionado.

Indicó que el legislador fue quien limitó este derecho por razones financieras y de sostenibilidad del sistema, cuando al afiliado le faltaren 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión, salvo los afiliados que tuvieran 15 años cotizados a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones para quienes se conservó el derecho a regresar al RPM en cualquier tiempo, no encontrándose el demandante inmerso en los requisitos para regresar al RPM.

Señaló que el demandante ratificó su voluntad de permanecer en el RAIS, como quiera que permaneció por 20 años realizando aportes a este régimen, sin haber expresado

inconformidad alguna, solo cuando se encuentra ad portas de cumplir la edad para pensionarse en el RPM.

Concluyó diciendo que no fueron demostrados vicios del consentimiento en la afiliación realizada a Porvenir en el año 1997, por lo que el traslado es válido.

Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 07 de julio de 2021, se admiten los recursos de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los (las) apoderados (as) de las partes, quienes reiteraron sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueron adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es COLPENSIONES, se verificarán las condenas impuestas.

V. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** por resolver se circunscribe a determinar si devino o no en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por el demandante

Código Único de Identificación: 11001310502420190075201

Demandante: **MAURO SANABRIA SALGADO**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales, ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011.

El corpus argumentativo construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo” la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

De igual manera, atendiendo a las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al Régimen de Ahorro Individual, resulta claro que el Alto Tribunal ha optado, con inmodificable persistencia, por la vía de la ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la **sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838)**, la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, los alcances de la ineficacia y las reasesorías que se realizan con posterioridad al traslado inicial, entre otros.

a) Sobre el deber de información, en la sentencia citada quedó dicho:

“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo

Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3. 0 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.
--	---	--

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

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.

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.(...)"

b) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado, la ya referida SL1688-2019, Rad. 68838, explicó:

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

(...)

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

(...) 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.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un

consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado”.

c) En cuanto a la carga de la prueba: También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explicita así:

“... Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.

d) En cuanto al alcance de la ausencia del deber de información y de los nulos efectos que pueden generar las

Código Único de Identificación: 11001310502420190075201

Demandante: **MAURO SANABRIA SALGADO**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

reasesorías posteriores, quedó dicho en la sentencia que se viene citando in-extenso que:

Ahora, si bien la AFP brindó a la actora una reasesoría el 26 de noviembre de 2003, en virtud de la cual se concluyó la inconveniencia de continuar en Protección S.A., la Sala considera que este servicio no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones:

En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante con 15 años de cotización o servicios a l. 0 de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado la demandante al día siguiente de la reasesoría, de todas formas ya había perdido la transición.

En segundo lugar, porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información.

Por otro lado, no es de recibo el planteo de Protección S.A., cuando sostiene que una vez realizó la reasesoría, Myriam Arroyave Henao no mostró interés en la ineficacia de la vinculación al RAIS, al conservar su status de afiliada durante un tiempo, Se dice lo anterior ya que la sugerencia de Protección S.A. de regresar al RPMPD, se produjo el 26 de noviembre de 2003, y el formulario para la nueva afiliación al ISS se diligenció el 14 de enero de 2004 (f. 0 97), es decir, la interesada no dejó transcurrir dos meses desde que recibió asesoría. Por lo demás, este lapso es razonable, pues dada la relevancia de esta determinación, era natural que la accionante se tomara un tiempo de reflexión, buscara información y consejo profesional para, finalmente, adoptar su elección.

e) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, expuso:

“(…) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial (...) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.”

f) Frente a los efectos o consecuencias de la afiliación desinformada en dicha decisión se dispuso que la es **la ineficacia** y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

“La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

(...)

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.

(...)”

Código Único de Identificación: 11001310502420190075201

Demandante: **MAURO SANABRIA SALGADO**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

Posteriormente, en cuanto a la posible **descapitalización del fondo y la afectación del principio de sostenibilidad financiera**, dijo la Alta Corporación en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

De lo anterior, puede concluirse que, el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que, en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que

enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, **sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional**, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

VI. DEL CASO CONCRETO

En el expediente está probado que la activa **i)** se afilió al RPMPD administrado hoy por COLPENSIONES el día 16/04/1985 (fl 37 y 176); **ii)** que solicitó traslado hacia el R.A.I.S. el día 3/04/1997 a través de la A.F.P Porvenir S.A (fl 44 y 99); y **iii)** el día 03/10/2019 solicitó a Colpensiones el traslado de nuevo al R.P.M.P.D., y en el mismo sentido elevó petición ante Porvenir S.A. (fls. 34 a 35)

Pues bien, a folios 44 y 99 se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió 03/04/1997 con la AFP Porvenir S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.¹

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que los fondos privados tienen la libertad de usar cualquier medio probatorio de los consagrados en la legislación para demostrar el

¹según los cuales "la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado." SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

Código Único de Identificación: 11001310502420190075201

Demandante: **MAURO SANABRIA SALGADO**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio; omisión que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por el actor en su interrogatorio de parte, dado de ello no es viable derivar una confesión, al no lograrse evidenciar que conociera las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales; por tanto, no se considera dable que tales manifestaciones contengan consecuencias adversas para la ella, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Frente al tema de la carga de la prueba, como se dijo en la jurisprudencia arriba citada, en casos como el que hoy nos ocupa opera una inversión de la carga de la prueba ya que el afiliado no puede acreditar que no recibió información, correspondiendo así a la AFP, en este caso Porvenir S.A., demostrar el hecho positivo, esto es que sí brindó la información, ya que es dicha entidad quien está en posición de hacerlo, situación que, se reitera, no ocurrió en este caso.

En cuanto a lo argüido por el apelante Porvenir S.A., referente a que el demandante también tenía el deber de informarse, si bien los consumidores financieros también tienen obligaciones, esto no supe la obligación de las administradoras de fondos de pensiones de haberle brindado al afiliado la información en los términos expuestos por la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral.

Ahora, frente al tema del saneamiento o ratificación del acto de traslado, expuesto por la AFP encartada en su recurso, ha de indicarse que como se expuso en la sentencia SL 1688-2019, arriba citada, la ineficacia es insaneable al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos, por lo que el traslado de régimen no puede entenderse saneado o ratificado por el paso

del tiempo, por los aportes pagados durante el tiempo de afiliación al RAIS o los traslados realizados entre administradoras de dicho régimen.

Ahora, también argumenta la AFP recurrente, que para la época en que el demandante efectuó el traslado de régimen bastaba con el formulario de afiliación, argumento que no es de recibo pues si bien para la fecha en que el accionante se afilió a esa AFP no era obligación dejar documento distinto al formulario de afiliación que probara la información dada al afiliado, no es menos cierto que el cumplimiento de dicha obligación pudo haberse demostrado con cualquiera de los otros medios probatorios consagrados en la legislación, como en antecedencia se dijo.

Con sustento en estos presupuestos, esta Colegiatura comparte la decisión proferida por el a quo en cuanto a declarar la ineficacia del acto de traslado de régimen, de ahí que habrá de **CONFIRMARSE** el fallo en este sentido, pues tal como lo ha manifestado la H. Corte Suprema, basta la mera ausencia de información al afiliado, clara, precisa y completa, para que se produzca la irregularidad del acto de cambio de régimen pensional, situación que fue exactamente la que ocurrió en el presente caso; a la Sala no le queda la menor duda que la demandada, en este caso PORVENIR S.A., al no haber arrimado al proceso prueba idónea y completa de la información que se le debió brindar al señor Sanabria Salgado en el traslado que este realizó en el mes de abril de 1997, la consecuencia no puede ser otra diferente a la de declarar ineficaz tal acto y, por tanto, tener como vinculación válida la que tenía en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida con el Instituto de Seguros Sociales –hoy Colpensiones- sin que para el efecto el formulario de afiliación de fls 44 y 99, tenga alcance alguno, Con sustento en estos presupuestos, esta Colegiatura comparte la decisión proferida por el a quo en cuanto a declarar la ineficacia del acto de traslado de régimen, de ahí que habrá de **CONFIRMARSE** el

Código Único de Identificación: 11001310502420190075201

Demandante: **MAURO SANABRIA SALGADO**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

fallo en este sentido, pues tal como lo ha manifestado la H. Corte Suprema, basta la mera ausencia de información al afiliado, clara, precisa y completa, para que se produzca la irregularidad del acto de cambio de régimen pensional, situación que fue exactamente la que ocurrió en el presente caso; a la Sala no le queda la menor duda que la demandada, en este caso PORVENIR S.A., al no haber arrojado al proceso prueba idónea y completa de la información que se le debió brindar al señor Aponte León en el traslado que este realizó en el año 1.999, la consecuencia no puede ser otra diferente a la de declarar ineficaz tal acto y, por tanto, tener como vinculación válida la que tenía en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida con el Instituto de Seguros Sociales –hoy Colpensiones- sin que para el efecto el formulario de afiliación de fls78 y 80, tenga alcance alguno, por las razones que precedentemente quedaron expuestas, de manera que, COLPENSIONES pese a no participar en el acto de traslado está obligada a recibirla, pudiendo en todo caso efectuar las acciones que considere con ocasión del actuar ineficaz del fondo privado, por las razones que precedentemente quedaron expuestas.

Esto que se dice conlleva entonces a que las partes deben ser restituidas al estado anterior (art. 1746 del CCC), esto es, que la afiliación del demandante con el ISS, hoy Colpensiones, no solo nunca sufrió alteración alguna, sino que la entidad demandada que actualmente maneja la cuenta de ahorro individual del demandante, esto es, Porvenir S.A., deberá devolver a la administradora del RPMPD todos los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluyendo sus rendimientos, gastos de administración y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, y COLPENSIONES se obligará a recibirlos, tal como lo sostiene la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema, entre otras en la sentencia SL1421-2019, rad. 56174, por lo anterior en virtud a la consulta que se surte a favor de COLPENSIONES se **ADICIONARÁ** la sentencia del A Quo, en el sentido de ORDENAR a PORVENIR

S.A. la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales, comisiones y cualquier otro recibido, **debidamente indexados;** (SL3199-2021, SL4192-2021, SL3871-2021, entre otras) recuérdese que en virtud de la ineficacia de traslado, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, tal como lo dijo la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019; SL 638 de 2020 Rad. 70050 y SL2877-2020, Rad. 78667.

Para la ilustración del asunto, en la última sentencia reseñada(SL 2877 de 2020 Rad. 78667), indicó:

“De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece: (...)

En las **restituciones mutuas** que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.

Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

[...]. De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo

Código Único de Identificación: 11001310502420190075201

Demandante: **MAURO SANABRIA SALGADO**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

[...]. Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implican dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; [...].

Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

[...]. De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones”.

Igualmente y, atendiendo el argumento presentado por Colpensiones en su recurso, debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad financiera**, pues a juicio de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019, de la que se extracta que no se descapitalizaría el fondo común o se afectaría el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación de la actora, 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, los cuales asumen los cargas que se adjudican al accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

En cuanto a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de nulidad de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado.

Al respecto, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la citada Corporación expresó: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”*.

Frente al particular, considera la Sala, que la misma lógica se aplica a la prescripción de los gastos de administración y de los porcentajes descontados por seguro previsional, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL 1689-2019 y SL 687-2021).

Conforme lo antes expuesto, y frente a todo lo demás, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primer grado, en los términos expuestos en esta decisión.

IX. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A.

Código Único de Identificación: 11001310502420190075201

Demandante: **MAURO SANABRIA SALGADO**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

X. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E:

PRIMERO.- ADICIONAR el numeral tercero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **ORDENAR** a la **AFP PORVENIR S.A.**, la devolución de los bonos pensionales, sumas adicionales junto con sus respectivos frutos e intereses y gastos de administración, cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales con cargo a los propios recursos, debidamente indexados, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO.- CONFIRMAR en todo lo demás, la providencia apelada y consultada, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

TERCERO.- COSTAS en esta instancia a cargo de **PORVENIR S.A.**

Esta sentencia deberá ser notificada en EDICTO atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

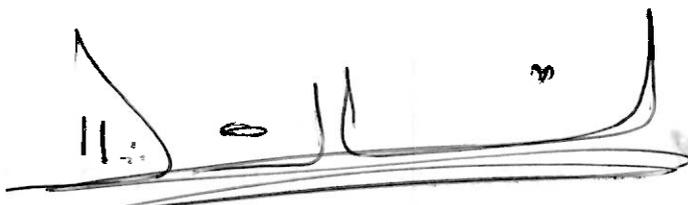
Código Único de Identificación: 11001310502420190075201

Demandante: **MAURO SANABRIA SALGADO**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

Aclaro Voto!

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$500.000
a cargo de PORVENIR S.A.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente.

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero de enero de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 002.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por la apoderada de la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá el 14 de abril de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **MARTHA ÁLVAREZ ARÉVALO** promoviese contra **ECOPETROL S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, la actora pretende el reconocimiento de una sustitución pensional por el deceso de su compañero permanente, Juan de Jesús Navarro, a partir de la defunción de éste. Igualmente, deprecia el pago de intereses moratorios.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumentó que: **1)** Convivió de forma permanente e ininterrumpida con José de Jesús Navarro desde el 05 de octubre de 1981 hasta el día de su fallecimiento, procreando tres hijos; **2)** El señor Navarro falleció el 29 de octubre de 2015; y **3)** Solicitó pensión de sobrevivientes, pero fue negada por parte de ECOPETROL S.A., al existir otra persona pretendiéndola, Basilia Lázaro de Navarro, quien anteriormente era la cónyuge del causante.

II. ACTUACIÓN PROCESAL EN PRIMERA INSTANCIA.

1. RESPUESTA A LA DEMANDA.

ECOPETROL S.A. (fls. 48 a 55), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó carencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación reclamada, buena fe, y prescripción.

Expuso que la resolución directa del conflicto recae en cabeza de los jueces de la república, como quiera que se presentaron dos personas como beneficiarias del señor Juan de Jesús Navarro; que se encuentran exceptuados de la aplicación de la Ley 100 de 1993, por lo que la norma que rige el asunto es la Ley 71 de 1988 y el Decreto 1160 de 1989; y que para que haya lugar a una sustitución pensional conforme a las normas en mención, es necesario que se acredite dependencia económica.

2. VINCULACIÓN DE BASILIA LÁZARO DE NAVARRO.

Mediante auto del 14 de septiembre de 2017 se dispuso vincular a la Litis a **BASILIA LÁZARO DE NAVARRO** (fl.41), quien se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó falta de competencia territorial e inexistencia del derecho reclamado (fls. 134 a 142).

Demandante: **MARTHA ÁLVAREZ ARÉVALO.**

Demandado: **ECOPETROL S.A.**

Adujo que el causante nunca disolvió su sociedad conyugal con ella, y siempre la reconoció como su esposa; y que convivió con el exánime desde el matrimonio hasta la fecha de su fallecimiento, compartiendo con él, techo, lecho y mesa, por lo que, le debe ser reconocido el 50% de la pensión, en consideración a que el 50% le asiste a los hijos del causante.

3. ACUMULACIÓN DE PROCESOS.

En audiencia del 23 de julio de 2019, se ordenó la acumulación del proceso que cursaba en el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bucaramanga, en el que es demandante la señora **BASILIA LÁZARO DE NAVARRO** (fl.203), quien **pretende** el reconocimiento, liquidación y pago de una sustitución pensional como cónyuge sobreviviente de José de Jesús Navarro, en un porcentaje del 50%, a partir del 08 de julio de 2011, junto con el correspondiente pago de retroactivo, reajustes, mesadas adicionales, e indexación.

Fundamentó sus pretensiones en los siguientes **hechos: 1)** José de Jesús Navarro falleció el 29 de octubre de 2015, siendo pensionado de ECOPETROL S.A.; **2)** Contrajo matrimonio con el señor Navarro el 31 de enero de 1960, calidad que ostentó hasta el día de su fallecimiento, formando una comunidad de habitación, solidaridad, ayuda, socorro mutuo, con connotaciones de publicidad y notoriedad de vida; **3)** Dependía económicamente del señor Navarro; **4)** Compartió con el señor Navarro el techo, lecho y mesa, así como era su beneficiaria en salud; y **5)** Solicitó sustitución pensional el 28 de enero de 2016, sin embargo, se le indicó que debía acudir ante la justicia ordinaria al presentarse a reclamar la señora Martha Álvarez Arévalo.

En relación con tal demanda **ECOPETROL S.A. dio contestación** (fls. 18 a 24 del cuaderno acumulado), oponiéndose a sus pretensiones, y proponiendo como excepciones de mérito

las que denominó prescripción, inexistencia de la obligación, buena fe, y la genérica.

Indicó que ante la reclamación elevada por Martha Álvarez Arévalo se hizo necesario dejar en suspenso la definición de la titular del derecho a sustituir; y que ECOPETROL S.A. está exceptuado de la aplicación de la Ley 100 de 1993.

Finalmente, mediante auto del 16 de octubre de 2019 se tuvo por **NO CONTESTADA** la demanda acumulada por parte de **MARTHA ÁLVAREZ ARÉVALO.**

4. VINCULACIÓN DE LICETH DANIELA y NATHALIE NAVARRO ÁLVAREZ.

En audiencia del 23 de julio de 2019, se ordenó integrar a la litis a **LICETH DANIELA y NATHALIE NAVARRO ÁLVAREZ, BASILIA LÁZARO DE NAVARRO** (fl.203), quienes no se opusieron a las pretensiones de **MARTHA ÁLVAREZ ARÉVALO**, y solicitaron el reconocimiento prestacional a su favor. Asimismo, se opusieron a la demanda de **BASILIA LÁZARO DE NAVARRO**, proponiendo como excepciones de mérito la que denominaron inexistencia del derecho pretendido y mala fe.

Indicaron frente a la demanda de **BASILIA LÁZARO DE NAVARRO** que el señor José de Jesús Navarro vivía con ellas y su madre, Martha Álvarez Arévalo, con quien tuvo una relación de 34 años (medio óptico de folio 224).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 14 de abril de 2021, en la que dictó **sentencia condenatoria**, en los siguientes términos:

Demandante: **MARTHA ÁLVAREZ ARÉVALO.**

Demandado: **ECOPETROL S.A.**

PRIMERO: CONDENAR a ECOPETROL S.A., a reconocer y pagar a **BASILIA LÁZARO DE NAVARRO**, pensión de sobreviviente generada por el fallecimiento del causante José de Jesús Navarro, a partir del 29 de octubre del año 2015, en un porcentaje del **55.31%** del 50% de la mesada pensional.

SEGUNDO: CONDENAR a ECOPETROL S.A., a reconocer y pagar a **MARTHA ÁLVAREZ**, la pensión de sobreviviente generada por el fallecimiento del causante José de Jesús Navarro, en calidad de compañera permanente, en un porcentaje **44.69% del 50%**; aclarando que, en el caso que nos ocupa la pensión de sobrevivientes es compartida entre **BASILIA LÁZARO DE NAVARRO** cónyuge supérstite y **MARTHA ÁLVAREZ**, compañera permanente.

TERCERO: CONDENAR a ECOPETROL S.A., a reconocer y pagar a **BASILIA LÁZARO DE NAVARRO**, por concepto de retroactivo pensional liquidado entre el 29 de octubre del año 2015 al 30 de abril del año 2021, correspondiente al de 55.31% del 50% la suma de \$25.024.854.

CUARTO: CONDENAR a ECOPETROL S.A., a reconocer y pagar a la demandante **MARTHA ÁLVAREZ**, la suma de \$20.219.865. por concepto de retroactivo pensional correspondiente al 44.69% del 50% liquidado entre 29 de octubre del año 2015 al 30 de abril del año 2021.

QUINTO: CONDENAR a la demandada a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes con carácter compartida a **BASILIA LÁZARO DE NAVARRO** y **MARTHA ÁLVAREZ** con carácter vitalicio.

SEXTO: ABSOLVER a la demandada del pago de costas y agencias en derecho, absolver a la demandada del pago de intereses moratorios.

En síntesis, refirió que los regímenes pensionales exceptuados expiraron el 31 de julio de 2010, conforme lo dispuesto por el Acto Legislativo 01 de 2005; y que al suceder el deceso del causante después del 31 de julio de 2010, (sic) y en consecuencia no estarse frente a un derecho adquirido antes de tal data, las normas aplicables son las del sistema general de pensiones, Ley 100 de 1993.

Indicó que según criterio de la Corte Suprema de Justicia para que haya lugar a pensión de sobrevivientes, la compañera permanente debe acreditar una convivencia dentro de los cinco anteriores al deceso del causante, y la cónyuge separada de hecho, pero con vínculo matrimonial vigente, cinco años en cualquier tiempo.

Adujo que está acreditado según registro civil de matrimonio, que la señora **BASILIA LÁZARO NAVARRO** ostentaba la calidad de cónyuge del causante; que de la prueba testimonial

Demandante: **MARTHA ÁLVAREZ ARÉVALO.**

Demandado: **ECOPETROL S.A.**

se logra determinar que el causante convivía con MARTHA ÁLVAREZ ARÉVALO al momento de su fallecimiento, pero que esta convivencia inició el 02 de febrero de 1994, esto es, 21 años; que se demostró que con BASILIA LÁZARO NAVARRO, cónyuge del causante, convivió desde de su matrimonio, 31 de enero de 1960 hasta 1986, esto es, 26 años; por lo que procedió a hallar los porcentajes respectivos teniendo en cuenta el 50% de la pensión, ya que el otro 50% está en cabeza de sus hijas, LICETH DANIELA y NATHALIE NAVARRO ÁLVAREZ, BASILIA LÁZARO DE NAVARRO. Afirmó que, desde el momento en que alguna de las dos hijas deje de percibir su pensión, su parte acrecerá proporcionalmente la de su hermana, y cuando ésta la pierda, se acrecerá la porción de las señoras BASILIA LÁZARO NAVARRO y MARTHA ÁLVAREZ ARÉVAL.

Finalmente, indicó que no hay lugar a intereses moratorios, como quiera que las razones que alegó ECOPETROL S.A. para suspender el pago de las pensiones fue justificado, al existir controversia entre dos posibles beneficiarias; y que al no prosperar, se debe reconocer debidamente indexadas las sumas objeto de condena.

IV. APELACIÓN DE SENTENCIA.

ECOPETROL S.A. expuso, que no comparte el criterio referente a que la normatividad aplicable es la Ley 797 de 2003, como quiera que la sentencia es de abril de 2021 y la demanda se impetró en 2017, y las normas aplicables son la Ley 71 de 1988 y el Decreto 1160 de 1989, conforme criterio de la misma Corte Suprema de Justicia; y que no está claro cuál es la entidad que debe asumir los aportes a seguridad social en salud de las accionantes, por lo que tal situación debe ser aclarada.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 07 de julio de 2021, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la apoderada de ECOPETROL S.A. para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y S.S., la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los **problemas jurídicos** se circunscriben a determinar si la norma que resulta aplicable para determinar a quién le corresponde la pensión de sobrevivientes deprecada es la Ley 100 de 1993; y qué entidad es la encargada de asumir los aportes a salud.

DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES -RÉGIMEN DE ECOPETROL S.A.

Los servidores y pensionados de ECOPETROL S.A. estaban regidos por un régimen exceptuado de seguridad social, por lo que, en tales condiciones el marco normativo que regulaba sus situaciones pensionales no era el previsto para los afiliados del Sistema General de Pensiones contemplado en la Ley 100 de 1993, pues el artículo 279 los excluyó expresamente de su aplicación, de manera que, dichas personas siguieron rigiéndose por las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo y las que

respectivamente las modificaron, derogaron o subrogaron, tales como, los Decretos 2027 de 1951 y 062 de 1970, la Ley 71 de 1988 y su Decreto Reglamentario 1160 de 1989. Al efecto el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 en lo pertinente señala:

“Artículo 279. Excepciones.

[...] Igualmente, el presente régimen de Seguridad Social, no se aplica a los servidores públicos de la Empresa Colombiana de Petróleos, ni a los pensionados de la misma. Quienes con posterioridad a la vigencia de la presente Ley, ingresen a la Empresa Colombiana de Petróleos -Ecopetrol, por vencimiento del término de contratos de concesión o de asociación, podrán beneficiarse del Régimen de Seguridad Social de la misma mediante la celebración de un acuerdo individual o colectivo, en término de costos, forma de pago y tiempo de servicio, que conduzca a la equivalencia entre el sistema que los ampara en la fecha de su ingreso y el existente en Ecopetrol”.

En cuanto al marco normativo que regula las prestaciones de los entonces regímenes exceptuados, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia del 28 de octubre 2008. Rad.33308, reiterada en las sentencias del 15 de septiembre de 2009, Rad. 33177, SL500-2013 y SL1000-2018, explicó:

“Así las cosas, se impone decir que en verdad el Tribunal extravió la premisa mayor de su razonamiento al concluir que el marco normativo que regulaba el caso era el previsto para el Sistema General de Pensiones del Sistema General de Seguridad Social Integral diseñado por el legislador a través de la Ley 100 de 1993, cuando quiera que el artículo 279 de dicha normatividad excluyó expresamente de su aplicación a los servidores y a los pensionados de la demandada EMPRESA COLOMBIANA DE PETRÓLEOS, estando claro desde el umbral del proceso que el tema a elucidar era la sustitución de una pensión de jubilación otorgada por esa entidad.

Ello es así por cuanto a pesar del carácter universal que pretendió el legislador dar al naciente Sistema, mediante el cual pretende extender sus beneficios y derechos a todas las personas que habitan el territorio nacional, sin ninguna discriminación y en todas las etapas de la vida (artículo 1º, literal b., de la Ley 100 de 1993), por diversas razones excluyó de su ámbito de aplicación a ciertas personas, entre ellas, se repite, a quienes para su vigencia contaban con la calidad de servidores o pensionados de la empresa demandada. Dichas personas siguieron rigiéndose en tales aspectos por las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo y las que respectivamente las modificaron, derogaron o subrogaron, según se infiere de los

Decretos 2027 de 1951 y 062 de 1970, entre ellas, la Ley 71 de 1988 y su Decreto Reglamentario 1160 de 1989”.

No obstante, con ocasión de la reforma que introdujo el artículo 3° de la Ley 797 de 2003, el legislador empezó el desmonte gradual de este régimen exceptuado al disponer que los trabajadores que ingresaran a **ECOPETROL S.A.**, a partir de su vigencia, esto es, desde el 29 de enero de 2003, debían afiliarse obligatoriamente al sistema creado en la Ley 100 de 1993. Igualmente, con la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005 que estableció en el párrafo transitorio 2° del artículo 1° que *“la vigencia de los regímenes pensionales especiales, los exceptuados, así como cualquier otro distinto al establecido de manera permanente en las leyes del Sistema General de Pensiones expirará el 31 de julio del año 2010”*, se entiende que hasta esta fecha estuvo en vigor el régimen exceptuado de los trabajadores de **ECOPETROL S.A.**, de manera que la norma que se debe atender es la que estuviera en vigor al momento de la muerte del generador del derecho pensional. En ese sentido, en sentencia SL414-2021 reiterada en la SL4441-2021, en un caso contra la que aquí obra como demandada, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, expuso:

“Este desatino lo condujo a ignorar que la Corte ha establecido de manera pacífica y uniforme que la fecha de la muerte del afiliado o pensionado es la que determina la normatividad a aplicar respecto a la sustitución pensional y el derecho a la pensión de sobrevivientes, lo anterior en virtud de la aplicación inmediata de la ley y del efecto retrospectivo de la misma (CSJ1067-2014, CSJ SL1592-2020 y CSJ SL1938-2020). Ello, porque la pensión de sobrevivientes tal como fue consagrada en el sistema general de pensiones es un derecho autónomo que nace o se estructura con la muerte del afiliado o pensionado y, por tanto, es la preceptiva que rige en ese momento la que gobierna el derecho que así se consolida (CSJ SL13039-2017).

De modo que en el asunto que se analiza, como el deceso del causante acaeció el 11 de junio de 2011, la disposición aplicable eran los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, que modificaron el 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, circunstancia que inadvirtió el juez de alzada.

Así las cosas, era bajo dicha legislación que se debía analizar si quienes alegan la condición de beneficiarias acreditaban los requisitos que allí se exigen, con total prescindencia de si la

relación tuvo su fuente en lazos jurídicos matrimoniales o en la decisión libre y responsable de las personas de iniciar una convivencia, con vocación de estabilidad y duración, animados del propósito de conformar una unidad familiar, en tanto el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 no establece tal distinción (CSJ SL, 20 abr. 2005, rad. 23735 y CSJ SL1029-2019).

Por otra parte, la Sala considera oportuno señalar que el anterior criterio desarrolla los mandatos de la Constitución Política de 1991 que propenden por el respeto de la familia en condiciones de igualdad y esa perspectiva constitucional tiene notoria incidencia en las cuestiones relativas a la seguridad social, entre ellas lo concerniente a la determinación de los beneficiarios de las prestaciones sociales que, como la pensión de sobrevivientes que causaban los trabajadores de regímenes otrora exceptuados como el de Ecopetrol, esperan la protección de las contingencias derivadas de la muerte sin distinciones originadas en la clase de unión familiar”.

DE LOS APORTES A SALUD QUE DEBEN EFECTUAR LOS BENEFECIARIOS DE UNA SUSTITUCIÓN PENSIONAL DE UNA PENSIÓN DE VEJEZ Y/O JUBILACIÓN RECONOCIDA EN VIGENCIA DE UN RÉGIMEN EXCEPTUADO.

Al respecto, se hace imperativo precisar que, si bien es cierto una pensión de un régimen exceptuado, como la de **ECOPETROL S.A.**, puede ser sustituida, la determinación de sus beneficiarios se debe abordar de conformidad con lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003, sin que ello conlleve a afirmar que la pensión que se sustituye es una nueva y está sometida a reglas diferentes a como ya había sido adquirida por el pensionado. En efecto, en sentencia SL3168-2018, entre otras, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia resaltó:

“la Corporación ha establecido que **la sustitución pensional no constituye un derecho originario sino derivado**, como de ello da cuenta la sentencia CSJ SL 41137, 30 nov. 2010, reiterada en CSJ SL 47928, 19 jul. 2011, CSJ SL870-2013 y CSJ SL13267-2016, en la que indicó:

(...) De otro lado, como también lo ha determinado la Corte, en el caso de los pensionados, la pensión de sobrevivientes susceptible de transmisión no configura un derecho nuevo a favor de los beneficiarios, sino un derecho derivado, valga decir, una verdadera “sustitución pensional” del mismo derecho adquirido, que conduce a que no sea de recibo la

argumentación de la censura en el sentido de haber nacido, con la muerte del señor..., un derecho diferente sujeto a nuevos condicionamientos". (Negrillas por la Sala).

Igualmente, en sentencia SL757-2018, señaló:

“En realidad, lo que le da el carácter de transmisible a este tipo de prestaciones, sin perjuicio de que su reconocimiento provenga de la ley, de una convención colectiva, de un acto de liberalidad del empleador o de una colectiva, o de una sanción que le fue impuesta, es precisamente el hecho de que **la sustitución pensional no constituye un derecho originario sino derivado, cuyas condiciones de consolidación, eventual compatibilidad o compartibilidad e inclusive vocación de transmisibilidad, constituyen elementos arraigados del derecho principal**". (Negrillas por la Sala).

Y en sentencia SL5433-2021, se consignó:

Solo resta advertir que no procede la modificación de la condena para efectos de excluir la mesada adicional de 2016, pues, es sabido que **el derecho pensional recibido por vía de sustitución constituye un derecho derivado, inescindible de la prestación original, y que por ello su reconocimiento se efectúa en los mismos términos de ésta** (CSJ SL, 30 nov. 2010, rad. 41137, reiterada en CSJ SL, 19 jul. 2011, rad. 47928, CSJ SL870-2013 y CSJ SL13267-2016).

Por tanto, el procedimiento de pago a salud o la forma como los pagos a este sistema deben ser asumidos por **ECOPETROL S.A.**, es igual al que regía para quien logró su pensión en vigencia del régimen exceptuado, y en ese orden de ideas, se deben efectuar los pagos de aportes al mismo régimen prestacional en salud que éste tenía.

DEL CASO CONCRETO.

De lo probado en el proceso.

No son objeto de discusión en el proceso y así aparece además acreditado con la documental pertinente los hechos relativos **i)** al matrimonio celebrado entre el causante José de Jesús Navarro y la señora BASILIA LÁZARO DE NAVARRO el 31 de enero de 1960 (fl.114); **ii)** la calidad de pensionado por jubilación convencional

de ECOPETROL S.A., que ostentaba el causante desde el 08 de julio de 1974, (fls.91 y 92); **iii)** el fallecimiento del señor José de Jesús Navarro **el 29 de octubre de 2015** (fl.93 rev); **iv)** las solicitudes de pensión de sobrevivientes elevadas por la señora MARTHA ÁLVAREZ ARÉVALO, y BASILIA LÁZARO DE NAVARRO los días 26 de noviembre de 2015, (fl.93) y 30 de diciembre de 2015, (fl.109) respectivamente y finalmente, **v)** el reconocimiento por parte de **ECOPETROL S.A.**, de la sustitución pensional a favor de **LICETH DANIELA y NATHALIE NAVARRO ÁLVAREZ** en cuantía de un 50% por el fallecimiento de su padre José de Jesús Navarro, mediante comunicación el 28 de enero de 2016, oportunidad en la cual advirtió que dejaría en suspenso el 50% restante al existir un conflicto entre **MARTHA ÁLVAREZ ARÉVALO** y **BASILIA LÁZARO DE NAVARRO** (fls. 117 a 119).

De conformidad con lo anterior, lo primero que debe advertirse es que como el señor José de Jesús Navarro falleció el 29 de octubre de 2015, la norma que regula su situación jurídica era la vigente al momento de su deceso, que para el caso de marras es la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003, ello en armonía con el actual criterio por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias como las SL414-2021 y SL4421-2021,

Por tanto, la Sala acogiéndose al criterio en mención, considera que la norma que resultaba aplicable al asunto era la pluricitada Ley 797 de 2003 en su artículo 13, norma que establece que la cónyuge o la compañera permanente es beneficiaria de una pensión de sobrevivientes, pero que para ello deben acreditar cinco años de convivencia con anterioridad a su muerte.

En este punto, es necesario resaltar que los argumentos que sustentan la impugnación de la sociedad **ECOPETROL S.A.**, únicamente versaron frente al punto concreto de cuál es la norma aplicable, más no se controversió la decisión del A Quo en torno

a la acreditación de las demandantes del requisito de convivencia de que trata la Ley 797 de 2003, así como los porcentajes ni el valor del retroactivo que le fue reconocido a las señoras **MARTHA ÁLVAREZ ARÉVALO y BASILIA LÁZARO DE NAVARRO**, quienes tampoco interpusieron recurso al respecto, y transmitieron su conformidad frente a la sentencia de primera instancia, razones por las que lo resuelto frente a dichos ítems se encuentra en firme. Por tanto, se procederá a evacuar el siguiente punto de la impugnación, esto es, el que está referido a verificar a través de qué trámite se debe efectuar el reconocimiento de **aportes a salud**.

Sobre el tópico, la Sala expuso que conforme a las sentencias SL3168-2018, SL757-2018, SL5433-2021, la pensión que se sustituye no es una nueva, y en consecuencia no está sometida a reglas diferentes a como ya había sido adquirida por el pensionado, puesto que no constituye un derecho originario sino derivado, cuyas condiciones de consolidación, eventual compatibilidad o compartibilidad e inclusive vocación de transmisibilidad, **constituyen elementos arraigados del derecho principal**.

Por tanto, el procedimiento de aportes a salud que debe asumir **ECOPETROL S.A.**, no es otro que el del régimen propio del régimen exceptuado y no el de la Ley 100 de 1993, a menos que algunas de las beneficiarias tengan ingresos adicionales con los que efectúen cotizaciones a un régimen diferente al de **ECOPETROL S.A.** Al respecto, la norma que regulaba tal asunto, y que estaba vigente para el momento del deceso del causante, Decreto 57 de 2015 (entró en vigor el 14 de enero de 2015), establecía:

“Artículo 1°. Modificase el artículo 14 del Decreto número 1703 de 2002, el cual quedará así:

“Artículo 14. Devolución de pagos dobles de cobertura. Las personas que se encuentren exceptuadas por ley para pertenecer al Sistema General de Seguridad Social en Salud, de

Demandante: **MARTHA ÁLVAREZ ARÉVALO.**

Demandado: **ECOPETROL S.A.**

conformidad con lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, **no podrán estar afiliados simultáneamente a un Régimen Especial o de Excepción y al Sistema General de Seguridad Social en Salud como cotizantes o beneficiarios, o utilizar paralelamente los servicios de salud en ambos regímenes.**

Cuando la persona afiliada como cotizante a un régimen especial o de excepción o su cónyuge, compañero o compañera permanente, tenga una relación laboral o ingresos adicionales sobre los cuales esté obligado a cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), **el aportante deberá efectuar la respectiva cotización al Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga).** Los servicios asistenciales serán prestados exclusivamente a través del Régimen Especial o de Excepción y, las prestaciones económicas a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud serán cubiertas por el Fosyga en proporción al Ingreso Base de Cotización sobre el cual se realizaron los respectivos aportes. Para tal efecto el empleador hará los trámites respectivos (...). Negrillas por la Sala.

En igual sentido, la norma actualmente vigente, artículo 82 del Decreto 2353 de 2015 (entró en vigor el 03 de diciembre de 2015), señala:

“Artículo 82. Regímenes exceptuados o especiales y afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud. Las condiciones de **pertenencia a un régimen exceptuado o especial prevalecen sobre las de pertenencia al régimen contributivo y deberá afiliarse a los primeros.** En consecuencia, no podrán estar afiliados simultáneamente a un régimen exceptuado o especial y al Sistema General de Seguridad Social en Salud como cotizantes o beneficiarios, o utilizar los servicios de salud en ambos regímenes.

Los miembros del núcleo familiar de las personas cotizantes que pertenecen a alguno de los regímenes exceptuados o especiales deberán pertenecer al respectivo régimen exceptuado o especial, salvo que las disposiciones legales que los regulan dispongan lo contrario.

Los regímenes exceptuados o especiales establecidos legalmente tendrán la obligación de reportar al Sistema de Afiliación Transaccional la información de identificación y estado de afiliación de su población afiliada.

Cuando la persona afiliada como cotizante a un régimen exceptuado o especial o su cónyuge, compañero o compañera permanente tenga una relación laboral o ingresos adicionales sobre los cuales esté obligado a cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud deberá efectuar la respectiva cotización al Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga) o quien haga sus veces. Los servicios de salud serán prestados, exclusivamente a través del régimen exceptuado o especial y podrá recibir las prestaciones económicas que reconoce el

Demandante: **MARTHA ÁLVAREZ ARÉVALO.**

Demandado: **ECOPETROL S.A.**

Sistema General de Seguridad Social en Salud en proporción al ingreso base de cotización por el que efectuó los aportes al Sistema. Para tal efecto, el aportante tramitará su pago ante el Fosyga o quien haga sus veces.

Cuando las disposiciones legales que regulan el régimen exceptuado o especial no prevean la afiliación de cotizantes distintos a los de su propio régimen, el cónyuge, compañera o compañero permanente, incluyendo las parejas del mismo sexo, obligado a cotizar deberá afiliarse en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y los beneficiarios quedarán cubiertos por el régimen de excepción o especial. Si el régimen de excepción o especial no prevé la afiliación del grupo familiar o la composición del núcleo familiar según lo previsto en el presente decreto, el obligado a cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud y sus beneficiarios se afiliarán a este último." Negrillas por la Sala.

Por tanto, es claro que el régimen de salud a quien deben estar dirigidos los aportes de las beneficiarias de la pensión del causante señor Juan de Jesús Navarro es el del mismo régimen exceptuado de **ECOPETROL S.A.**, a menos que éstas tengan ingresos adicionales con los que efectúen cotizaciones a un régimen diferente al de **ECOPETROL S.A.**, caso en el cual sus aportes deberán estar destinados al **FOSYGA (A.D.R.E.S.** actualmente).

De conformidad con lo expuesto, se **MODIFICARÁ** la sentencia, en el sentido de **ADICIONAR** que **ECOPETROL S.A.** deberá efectuar el pago de aportes a salud de **MARTHA ÁLVAREZ ARÉVALO** y **BASILIA LÁZARO DE NAVARRO**, de conformidad con la normatividad del régimen exceptuado y en las mismas condiciones en que le estaría haciendo los descuentos a José Jesús Navarro, a menos que alguna de éstas tenga ingresos adicionales con el que efectúe cotizaciones a un régimen diferente en salud al de **ECOPETROL S.A.**, caso en el que deberá realizar los aportes al **FOSYGA S.A.** hoy **A.D.R.E.S.**

VII. COSTAS

Sin costas en esta instancia.

Demandante: **MARTHA ÁLVAREZ ARÉVALO.**

Demandado: **ECOPETROL S.A.**

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

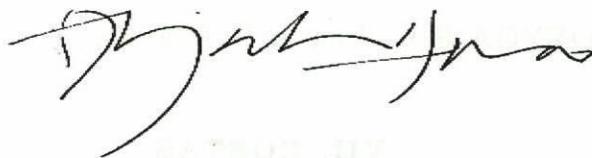
PRIMERO. - **MODIFICAR** la sentencia de origen y fecha conocidos, en el sentido de **ADICIONAR** que **ECOPETROL S.A.** deberá efectuar el pago de **aportes a salud** de **MARTHA ÁLVAREZ ARÉVALO** y **BASILIA LÁZARO DE NAVARRO**, de conformidad con la normatividad del régimen exceptuado y en las mismas condiciones en que le estaría haciendo los descuentos a José Jesús Navarro, a menos que alguna de éstas tenga ingresos adicionales con el que efectúe cotizaciones a un régimen diferente en salud al de ECOPETROL S.A., caso en el que deberá realizar los aportes al FOSYGA S.A. hoy A.D.R.E.S.

SEGUNDO. - **CONFIRMAR en lo demás** la sentencia.

TERCERO. - Sin costas en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

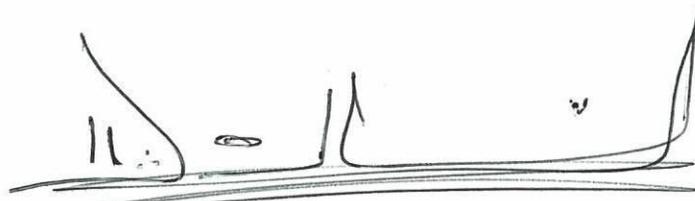
Código Único de Identificación: 11 001 31 05-031-2019-00447 -01

Demandante: **MARTHA ÁLVAREZ ARÉVALO.**

Demandado: **ECOPETROL S.A.**



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-032-2019-00163 -01

Demandante: **JULIO CESAR FORERO MORENO.**

Demandado: **COMERCIALIZADORA E&N S.A.S. Y NÉSTOR WILLIAM REINA QUIROGA.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 002.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá el 08 de junio de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **JULIO CESAR FORERO MORENO** promoviese contra **COMERCIALIZADORA E&N S.A.S Y NÉSTOR WILLIAM REINA QUIROGA.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda el actor pretende se declare la existencia de un contrato de trabajo del 20 de enero de 2011 al 27 de agosto de 2018 con COMERCIALIZADORA E&N S.A.S.; y que es solidariamente responsable de las condenas que

se impongan NÉSTOR WILLIAM REINA QUIROGA. Como consecuencia de lo anterior, solicita el reconocimiento y pago de cesantías, sanción por no consignación de las cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, aportes a salud y pensión, indemnización moratoria, indexación, e indemnización por despido sin justa causa.

Como fundamento de las pretensiones la activa argumentó que: **1)** Inició a laborar al servicio de la COMERCIALIZADORA E&N S.A.S. el 20 de 2011, en el cargo de conductor; **2)** Prestaba sus servicios de lunes a sábado, en un horario variable entre las 4:00 A.M. y las 10:00 P.M.; **3)** Ejecutaba su labor de manera personal, atendiendo las instrucciones de su empleador, y cumpliendo el horario impuesto por este; **4)** Devengó \$1'300.000 en 2015, \$1'200.000 en 2016 y 2017, y \$1'100.000 en 2018; y **5)** No le han pagado las acreencias laborales que pretende.

II. ACTUACIÓN PROCESAL EN PRIMERA INSTANCIA.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

COMERCIALIZADORA E&N S.A.S. (fls. 28 a 34), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó prescripción, inexistencia de la indemnización o perjuicios, inexistencia de contrato de trabajo, compensación, buena fe, y la genérica.

No aceptó ningún hecho. Expuso que nunca suscribió o celebró un contrato de trabajo con el demandante; y que no se configuran los elementos del contrato de trabajo, especialmente, el de la subordinación.

Por su parte, **NÉSTOR WILLIAM REINA QUIROGA** (fls. 47 a 56), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-032-2019-00163 -01

Demandante: **JULIO CESAR FORERO MORENO.**

Demandado: **COMERCIALIZADORA E&N S.A.S. Y NÉSTOR WILLIAM REINA QUIROGA.**

como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de la obligación y ausencia de responsabilidad solidaria, prescripción, inexistencia de la indemnización o perjuicios, inexistencia de contrato de trabajo, compensación, buena fe, y la genérica.

No aceptó ningún hecho. Adujo que nunca suscribió o celebró un contrato de trabajo con el demandante; que ocasionalmente el actor le prestaba servicios de transporte; que el accionante podía comunicarle que no tenía disponibilidad para prestarle el servicio que requería; que no existía exclusividad en el servicio que el actor le prestaba, así como tampoco subordinación, únicamente lo transportaba al lugar que se le indicara, y el actor quedaba en libertad de hacer lo que quisiera; y que no está probada su calidad de accionista de la empresa COMERCIALIZADORA E&N S.A.S. para que le sea imputada algún tipo de solidaridad.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 08 de junio de 2021, a través de la cual dictó **sentencia absolutoria**.

En síntesis, indicó que la referencia personal obrante en el expediente no da cuenta que entre las partes existió un contrato de trabajo ni sus extremos temporales, únicamente que el actor prestó servicios como conductor; que todos los testigos coincidieron en informar que los servicios no eran prestados de forma personal, puesto que el accionante podía ser reemplazado por otra persona o un ayudante; y que aunado a lo anterior, del interrogatorio de parte se logra desprender que quien contrató al actor fue NÉSTOR WILLIAM REINA QUIROGA, quien además le pagaba al actor los servicios de transporte que éste prestaba, conforme prueba testimonial, por lo que no está acreditado el contrato de trabajo con COMERCIALIZADORA E&N S.A.S.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-032-2019-00163 -01
Demandante: **JULIO CESAR FORERO MORENO.**
Demandado: **COMERCIALIZADORA E&N S.A.S. Y NÉSTOR WILLIAM REINA QUIROGA.**

IV. APELACIÓN DE SENTENCIA.

La **parte actora** manifestó que los testigos de la parte actora dieron cuenta de la prestación personal del servicio del demandante, pues eran compañeros de trabajo de éste, manifestaban completa subordinación ante las órdenes dadas por NESTOR WILLIAM REINA QUIROGA en el domicilio de COMERCIALIZADORA E&N S.A.S., dieron cuenta del salario que percibía el demandante, no fueron contradictorios, señalaron que recibían órdenes de personal de la COMERCIALIZADORA E&N S.A.S., y adujeron que nunca recibían recibos de pago.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 07 de julio de 2021, se admitió el recurso de apelación. Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de ambas partes, para ratificar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

V. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** se circunscribe a determinar si entre Julio Cesar Forero Moreno COMERCIALIZADORA E&N S.A.S. existió en realidad un contrato de trabajo.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-032-2019-00163 -01

Demandante: **JULIO CESAR FORERO MORENO.**

Demandado: **COMERCIALIZADORA E&N S.A.S. Y NÉSTOR WILLIAM REINA QUIROGA.**

CONTRATO DE TRABAJO Y EXTREMOS TEMPORALES.

Para determinar si la naturaleza de un determinado vínculo contractual es laboral, la parte demandante debe acreditar la existencia de los elementos característicos de un contrato de trabajo, que conforme las voces del artículo 23 del C.S.T. son **i)** la prestación personal del servicio; **ii)** la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y **iii)** un salario, como retribución del servicio.

A renglón seguido, el artículo 24 *ejusdem*, establece la presunción de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo¹.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha señalado que en virtud de la presunción del artículo 24 del C.S.T., le corresponde a la parte actora demostrar la prestación del servicio para que opere a su favor la presunción legal de la existencia de un contrato de trabajo y, a la demandada, hacer lo propio para desvirtuar tal presunción, sentencia del 29 de junio de 2011, Rad 39377, reiterada en la SL12872-2017:

“[...] En efecto, como tantas veces lo ha asentado la jurisprudencia de esta Corporación, para la configuración del contrato de trabajo se requiere que en la actuación procesal esté demostrada la actividad personal del trabajador a favor de la demandada. Y en lo que respecta a la continuada dependencia o subordinación jurídica, que es el elemento característico y diferenciador de toda relación de carácter laboral, no es menester su acreditación con la producción de la prueba apta, cuando se encuentra evidenciada esa prestación personal del servicio, toda vez que en este evento lo pertinente es hacer uso de la presunción legal, que para el caso es la prevista en el artículo 24 del Código Sustantivo de Trabajo según el cual, “Se

¹ **ARTICULO 24. PRESUNCIÓN.** <Artículo modificado por el artículo 2o. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente>. Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”.

Demandante: **JULIO CESAR FORERO MORENO.**

Demandado: **COMERCIALIZADORA E&N S.A.S. Y NÉSTOR WILLIAM REINA QUIROGA.**

presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.

Lo anterior significa, que a la parte actora le basta con probar la prestación o la actividad personal, para que se presuma el contrato de trabajo, mientras que es a la accionada a quien le corresponde desvirtuar dicha presunción con la que quedó beneficiado el trabajador.

Aquí desde un comienzo, tal y como lo halló establecido el Tribunal, quedó acreditada la prestación personal del servicio o la actividad desplegada por el accionante, presumiéndose por tanto la subordinación laboral, que en el sub lite, acorde a las reglas de la prueba, no fue desvirtuada por la sociedad demandada, conforme se establecerá en sede de instancia”.

De esta manera, al margen del contrato que se hubiera podido celebrar entre las partes, si en virtud del principio de la primacía de la realidad aparece acreditado el elemento de la prestación del servicio, y no se logra desvirtuar el de la subordinación, se tiene por acreditada la existencia de un contrato de trabajo como acertadamente lo expuso el juez de primera instancia.

Igualmente, y en relación con la acreditación de los **extremos temporales** la misma corporación en sentencia del 24 de abril de 2012, Rad. 41890, reiterada en la SL16110-2015, ha establecido que dicha carga le corresponde a la parte actora.

DEL CASO EN CONCRETO.

De lo probado en el proceso:

- i) El 04 de septiembre de 2018, el señor Néstor William Reina Quiroga expidió referencia laboral a favor del actor, señalando que *“prestó servicios como conductor, tiempo en el cual fue una persona responsable, trabajadora y altamente comprometida con todas las obligaciones que le fueron requeridas”* (fl. 11).

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-032-2019-00163 -01

Demandante: **JULIO CESAR FORERO MORENO.**

Demandado: **COMERCIALIZADORA E&N S.A.S. Y NÉSTOR WILLIAM REINA QUIROGA.**

De igual manera, comparecieron a juicio en calidad de testigos los señores **Yonatan Fabián Yara Díaz, Jeisson Arley Ramos Carranza, Brayan Duvan Valderrama Niño, José Norvey Moreno Rivera, José Dariel Rodríguez González, y Nancy Rocío Bravo Gualteros**, los siguientes términos:

Yonatan Fabián Yara Díaz señaló ser cuñado del actor; que laboró para Néstor Reina cuando era ayudante del demandante; que Néstor Reina lo contrató directamente; que laboró desde principios del 2014 hasta mayo o junio del mismo año; que el actor era quien le pagaba; que el salario del accionante era variable según el tonelaje que se manejara, Néstor Reina le pagaba por el cargue y descargue de tonelada; que al actor le pagaba de contado Néstor Reina o su secretaria; que Néstor les daba órdenes frente al horario; que el actor laboraba de lunes a sábado; que lo único que les dieron de dotación fue una camiseta con un logotipo que decía E&N; que el cargue de mercancía se hacía en las instalaciones de la comercializadora; que el actor tenía que estar disponible de lunes a sábado; que al demandante le cancelaban el salario en la oficina de la empresa; que las órdenes que se daban por parte de la comercializadora, eran por parte de Néstor Reina; que cuando le tocaba ir a la empresa entraba a las 8:00 A.M. e, inclusive, cuando había que dejar productos cargados y salir desde las 4:00 A.M.; que horario de salida no tenían, muchas veces laboraban hasta las 9:00 P.M., eran muchos los pedidos y no alcanzaban a hacer los recorridos; que la labor del actor era de conductor pero también ejecutaba funciones de descargue; que el actor estuvo como desde 2011 hasta 2018, lo que le consta porque es el esposo de la hermana del actor, quien le contaba tal situación; que cuando no había producto o mercancía por trasladar, tocaba mover la mercancía o víveres secos en la bodega; que muchas veces se cargaba mercancía a las 8:00 A.M., hacían el recorrido, y si se terminaba temprano, regresaban a la empresa e iban a cargar para dejar

listo y madrugar; que el actor recibía por el viaje; y que al actor lo contrató Néstor Reina.

Por su parte, **Jeisson Arley Ramos Carranza** manifestó que es amigo del actor desde hace ocho años porque era su compañero de trabajo en la empresa demandada; que fue compañero del actor de 2014 a 2016; que el demandante era conductor; que cuando llegó el actor ya estaba trabajando; que el accionante trabajaba de lunes a sábado, en horarios relativos porque era según los servicios que hubiera en las horas de entrega; en cuanto al salario del demandante que ganaba como \$1'300.000, pero este valor era relativo porque dependía de la cantidad de viajes que hiciera; que también era conductor y le pagaba Néstor Reina, el dueño de la empresa; que el horario de trabajo era según el servicio, a veces tocaba madrugar más, pero como tal les tocaba estar a las 8:00 A.M.; que el horario de salida era hasta terminar o hasta que el cliente recibiera, que era a las 5:00 P.M., 8:00 P.M. o 9:00 P.M.; que como conductores no podían descansar entre semana, y a menos que fuera muy urgente se pedía permiso; que el salario era cancelado en la empresa en efectivo; que siempre tocaba estar en la empresa así no tocara ir a repartir: que le dieron dotación, una camisa que tenía el logo de la empresa; que la mercancía y las facturas hacían alusión a la empresa; que cuando se cancelaba se firmaba un desprendible de pago; que en la empresa las órdenes las daba Néstor Reina, así como Nancy, la secretaria; que en el tiempo que estuvo, cada uno tenía rutas y destinos diferentes; que se encontraban en el ingreso y en ruta esporádicamente; que lo contrató Néstor Reina; que del vehículo que conducía el actor, el dueño era Néstor Reina; que la retribución que el demandante percibía era relativa por la cantidad de servicio o flete; que cuando la secretaria entregaba el pago, lo hacía a nombre de la empresa; y que cuando prestaba sus servicios como conductor tenía un ayudante, quien era contratado y pagado por él; y que Néstor Reina no interfería en

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-032-2019-00163 -01

Demandante: **JULIO CESAR FORERO MORENO.**

Demandado: **COMERCIALIZADORA E&N S.A.S. Y NÉSTOR WILLIAM REINA QUIROGA.**

la contratación de los ayudantes, aunque les pagaba y de ahí se le pagaba al ayudante.

Brayan Duvan Valderrama Niño señaló que con el demandante trabajó entre 2014 y 2018; que fue ayudante de Jeisson Ramos, y luego del actor; que su trabajo consistía en cargar y descargar mercancía, entregando pedidos; que al actor lo contrató la comercializadora; que el demandante estuvo hasta agosto de 2018; que no sabe por qué el actor se retiró; que no había horario, pero tocaba estar a las 7:30 A.M. u 8:00 A.M., y para salir tocaba dejar cargado, lo que se extendía a veces hasta las 11:00 P.M.; que les daban camisas de la empresa, la que era roja con el logo de ésta; que laboraba de lunes a sábado; que era obligatorio para el demandante estar todos los días; que al actor le pagaba el salario la empresa, así como Nancy, la secretaria; que quien daba las órdenes era Néstor Reina, y si no estaba él se le preguntaba a la secretaria; que cuando Jeisson se fue, salió un tiempo -un año-, pero regresó a trabajar como auxiliar del carro; que la comercializadora era quien cuadraba el día de manejo, y cada vez que se cargaba se anotaba y se pagaba todo; que el horario dependía, si tocaba ir al sur se veían a las 7:00 A.M. u 8:00 A.M., pero si les tocaba ir al rosal, tocaba salir a las 4:00 A.M.; que siempre vio trabajando al actor; que no había autonomía en ver si tocaba o no cargar, siempre tocaba ir a cargar porque Néstor Reina les decía que tocaba cargar ; que Néstor Reina era quien siempre daba la orden de la mercancía a transportar; que lo que afirma es porque trabajó en la empresa, hay fotos y camisas; y que Néstor Reina es el dueño de la empresa; que para él, Néstor Reina y la persona jurídica eran lo mismo.

José Norvey Moreno Rivera expuso que es primo del actor; que trabajó con la comercializadora del 2011 hasta el 2013 o 2014 en cargue y descargue de mercancía; que Néstor Reina es el dueño de la comercializadora; que el actor laboró para la empresa

de 2011 a 2018, lo que le consta, por lo que, el actor le comentaba y por el tiempo que trabajó allá; que le pagaban dependiendo de la tonelada que moviera; que quien le pagaba era Néstor Reina; que el demandante era el conductor y también ayudaba a cargar y descargar; que al accionante le pagaban por aparte porque le pagaban por ser conductor y por la mercancía que se moviera; que el horario que manejaba dependía de si se dejaba o no cargado, a veces tocaba madrugar a las 4:00 A.M. para llegar a los sitios a los que los mandaban; que había días que tocaba llegar a la empresa a cargar, y otros días tocaba encontrarse en otro lado para salir a hacer la ruta; que si tocaba ir a la empresa, tocaba estar a las 8:00 A.M.; que no tenía horario de salida, porque esto dependía de la ruta que se hiciera, tocaba estar hasta las 8:00 P.M. o 9:00 P.M.; que tocaba laborar de lunes a sábado, siendo obligatorio estar en la bodega esos días; que al actor le cancelaban el salario en efectivo en la bodega de la comercializadora; que no le dieron dotación; que cuando entró a laborar sólo habló con Néstor Reina; que el servicio que prestaba siempre era para la comercializadora; que las órdenes en la empresa las daba Néstor Reina, pero si él no estaba, las daba Nancy, su secretaria; que las oficinas de la Comercializadora eran en la bodega; que lo vinculó Néstor Reina; que lo mantenían rotando entre conductores; que el servicio del actor de 2013 a 2018 no le consta directamente; que Néstor Reina era quien le pagaba; que la comercializadora era la que les pagaba porque Néstor es el dueño de la empresa; que Néstor Reina es el dueño de la comercializadora; que todos los pagos los hizo Néstor Reina; y que nunca vio que el actor faltara, aunque sanciones no había en caso de faltar, pero si se faltaba mucho lo despedían, era posible fallar, pero no les pagaban.

José Dariel Rodríguez González explicó que trabajó con Néstor Reina como auxiliar en sus carros; que el auxiliar es el que carga y descarga los vehículos; que el actor era conductor; que el demandante prestaba sus servicios para Néstor Reina; que

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-032-2019-00163 -01

Demandante: **JULIO CESAR FORERO MORENO.**

Demandado: **COMERCIALIZADORA E&N S.A.S. Y NÉSTOR WILLIAM REINA QUIROGA.**

el pago del salario variaba según el servicio; que no recuerda hasta cuándo el actor estuvo trabajando; que la camioneta que manejaba el actor era de Néstor Reina; que no trabajó con el demandante directamente; que como auxiliar le pagaban los conductores, su precio era por tonelada y se repartía entre conductor y auxiliar; que a los conductores les pagaba Néstor Reina; que todos eran vinculados por Néstor Reina; que para la labor de transporte se había pactado un precio por tonelada; que siempre le pagó Néstor Reina como conductor; que el actor trabajaba de forma variable de acuerdo a la cantidad de pedidos para entregar, no todos los días, a veces eran dos días sin hacer nada; que quien da las órdenes en la empresa es Néstor Reina; que cuando trabajó la primera vez no tenían horario; que podía manejar su horario, pero cargaba normalmente a las 7:00 A.M. u 8:00 A.M., cuando terminaba se podía ir a su casa, o manejar su horario; y que cuando no había nada que hacer se iba o en ocasiones iba y trabajaba en otros lugares, como Corabastos y el carro quedaba guardado.

Finalmente, **Nancy Rocío Bravo Gualteros** adujo que el demandante estuvo de conductor de uno de los carros de Néstor Reina, quien prestaba servicios de transporte para la empresa; que no existía relación entre la empresa y el demandante; que no le efectuó pagos al actor ni le daba órdenes; que Néstor Reina es el representante legal de la empresa; que desde 2004 trabaja para la empresa; que su función era tomar los pedidos, facturarlos, y solicitar el servicio de los carros que iban a llevar la mercancía; que los productos eran pedidos por los clientes de la empresa; que los vehículos eran de diferentes dueños, y uno de éstos era Néstor Reina; que también se contrataban con vehículos de otras personas, lo que era por prestación de servicios de flete; que no sabe quién había contratado al actor, sólo se entendía con Néstor Reina porque él mandaba los carros con los conductores; que el pago del servicio del flete se hacía porque los dueños de los vehículos tenían que emitir una cuenta de cobro a la empresa y

se les pagaba la prestación del servicio; que las órdenes se las daba Néstor Reina; que la empresa no le daba órdenes al actor; que en ocasiones le entregaba dinero al actor, pero porque Néstor Reina le pedía el favor de que le entregara cierta suma, favor que era en calidad de persona natural; que las personas que se vinculan con la empresa iban al cargo que fueran a ocupar, se les hacía exámenes para el ingreso, se les solicitaban documentos, pero no había contratos firmados, todo era verbal; que a los trabajadores se les reconoce todo lo de ley; que si no había disponibilidad de un vehículo se contrataba otro; que cuando no había mercancía para transportar se solicitaba el vehículo, lo que era común, dos o tres veces a la semana; que la comercializadora no tenía injerencia sobre los conductores de los vehículos, eso era de autonomía del dueño del vehículo; que el horario que actualmente tienen los conductores es de 8:30 A.M. hasta 5:20 A.M., dependiendo, porque en ocasiones llevan mercancía fuera de Bogotá y entonces terminan su horario allá y al regresar no llegan a las 5:00 P.M.; que la oficina de Néstor Reina está dentro de la bodega, no tiene horario de trabajo, no va todos los días; que dependiendo de la gravedad de un asunto o su urgencia podía ser resuelto por ella o por Néstor Reina; que la empresa contrata con dos o tres transportadores; y que la empresa no despacha todos los días productos.

Pues bien. De lo expuesto en precedencia encontramos que el accionante prestó servicios de conductor, no obstante, de la referencia laboral expedida por NÉSTOR WILLIAM REINA QUIROGA no es dable precisar a favor de quién ni en qué tiempos, siendo necesario acudir a los testigos que comparecieron a juicio, encontrando que la prestación del servicio del actor como conductor se realizó en vehículos del señor NÉSTOR WILLIAM REINA QUIROGA.

Ahora bien, para determinar si el servicio de conductor, el actor lo prestó directamente a favor de NÉSTOR WILLIAM REINA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-032-2019-00163 -01

Demandante: **JULIO CESAR FORERO MORENO.**

Demandado: **COMERCIALIZADORA E&N S.A.S. Y NÉSTOR WILLIAM REINA QUIROGA.**

QUIROGA como su empleador, o de quien funge como demandada principal, COMERCIALIZADORA E&N S.A.S., se hace necesario determinar cuál de estas personas ejercía subordinación, elemento que se puede presumir si se encuentra acreditada la prestación personal del servicio a favor de una de éstas. Al respecto, en sentencia SL164-2022, la Sala de Casación de la H. Corte Suprema de Justicia determinó:

“Al respecto, de entrada se resalta que el Tribunal no incurrió en la infracción que se le increpa, pues en contraposición a ello, con apego a lo adocinado en la jurisprudencia, consideró:

1) Que el *contratista independiente* es quien mediante un contrato civil o comercial, se compromete a realizar una o varias obras o a prestar un servicio en favor de otra persona, asumiendo los riesgos de la función y ejecutándola con sus propios medios y autonomía operacional, pudiendo para ello, contratar trabajadores *«sobre los cuales es su verdadero empleador»*.

2) Que *el simple intermediario no es un empleador*, porque contrata personal a nombre de otra persona para ejecutar trabajos en beneficio, por cuenta exclusiva de un patrono. Además, que si éste oculta su calidad o el nombre del sujeto que se sirve de la labor subordinada, será un responsable solidario.

3) Que **la calidad de empleador la ostenta quien tiene la potestad de subordinación**, motivo por el cual, a la luz del principio de primacía de la realidad, si el contratista independiente no es quien la detenta, no podrá atribuírsele esa condición, sino la de intermediario.

Efectivamente, frente a lo primero, la Sala ha señalado, por ejemplo, en la providencia CSJ SL4479-2020 con referencia en la CSJ SL467-2019, que el contratista independiente es un *«empresario proveedor»* que con *«capacidad directiva, técnica y dueño de los medios de producción»*, ejecuta el servicio contratado por su cuenta y riesgo.

Por lo anterior, la Corporación también ha precisado, entre otras, en la decisión CSJ SL3774-2021 que, aunque bajo específicas condiciones, el beneficiario de esa actividad puede ser deudor solidario del pago de las obligaciones laborales que se causen a cargo del primero”. (Negrillas por la Sala)

Sentado lo anterior, la Sala encuentra que los testigos Yonatan Fabián Yara Díaz, Jeisson Arley Ramos Carranza, Brayan Duvan Valderrama Niño, y José Norvey Moreno Rivera, son contestes en manifestar que el accionante fue contratado por

NÉSTOR WILLIAM REINA QUIROGA, que quien efectuaba los pagos , y quien le impartía las órdenes sobre la mercancía que se debía transportar.

En este punto, se aclara que si bien los testigos aludidos señalan que NÉSTOR WILLIAM REINA QUIROGA ejercía sus funciones como representante legal de COMERCIALIZADORA E&N S.A.S., lo cierto es que tal apreciación no está suficientemente acreditada, pues según el dicho de tales testigos era éste quien contrataba y le daba instrucciones a sus propios trabajadores, sin que se verifique de forma alguna que interviniera en tal contratación o en el desarrollo de las funciones del actor la COMERCIALIZADORA E&N S.A.S., siendo insuficiente para tal efecto, que se estableciera que la secretaria, Nancy Rocío Bravo Gualteros también impartía órdenes, pues ninguno de los testigos especificó las que les daba, entendiéndose que únicamente transmitía las instrucciones que el mismo señor NÉSTOR WILLIAM REINA QUIROGA le comentara a sus conductores.

Adicionalmente, en **interrogatorio de parte**, el actor señaló que NÉSTOR WILLIAM REINA QUIROGA era quien le impartía órdenes, y le pagaba su remuneración como persona natural y a lo último su secretaria por orden de él.

En suma, se denota que la relación contractual del codemandado NÉSTOR WILLIAM REINA QUIROGA con la empresa COMERCIALIZADORA E&N S.A.S. además de que ostentaba la representación legal de ésta, era la de un contratista independiente, pues al plenario también se arrió certificación de la sociedad aludida, en la que se verifica que ésta hizo retenciones en la fuente por concepto de transporte a NÉSTOR WILLIAM REINA QUIROGA en los años 2016 a 2018 (archivo 05. Documental Demandante), y que éste último pasó cuentas de cobro a COMERCIALIZADORA E&N S.A.S. por concepto de transporte de productos entre enero de 2014 y noviembre de 2016 (archivo 05. Documental Demandante); probanzas de la que se

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-032-2019-00163 -01

Demandante: **JULIO CESAR FORERO MORENO.**

Demandado: **COMERCIALIZADORA E&N S.A.S. Y NÉSTOR WILLIAM REINA QUIROGA.**

logra extraer que el señor NÉSTOR WILLIAM REINA QUIROGA estaba ligado a un contrato civil o comercial con la COMERCIALIZADORA E&N S.A.S. que era ajeno o adicional a sus labores como representante legal de la empresa demandada, y que el señor REINA QUIROGA se comprometió a realizar servicios de transporte, lo que ejecutaba con sus propios vehículos, pues según los testigos referidos, los vehículos eran propiedad de su propiedad.

De esta manera, para la Sala es claro que el actuar de NÉSTOR WILLIAM REINA QUIROGA era como contratista independiente y que éste por su cuenta le prestaba servicios a la empresa demandada, lo que hacía a través de sus propios conductores, como el actor.

Así las cosas, y acreditado el elemento de la prestación del servicio frente a NÉSTOR WILLIAM REINA QUIROGA, se procede a verificar si se logró desvirtuar el elemento de la **subordinación**, respecto de lo que observa la Sala, que sí se logró desvirtuar; en efecto, si bien los testigos aludidos hicieron alusión al cumplimiento de horarios de lunes a sábado, y a órdenes impartidas por NÉSTOR WILLIAM REINA QUIROGA, también lo es que, el testigo José Norvey Moreno Rivera- quien fuere solicitado por la parte actora-, expuso que en caso de ausencias no se imponían sanciones, y que era posible *fallar*, pero que ese día no se les pagaba, de lo que entiende la Sala que los conductores del señor NÉSTOR WILLIAM REINA QUIROGA podían determinar qué días prestar sus servicios, así como que no eran sujetos de poder disciplinario, características fundamentales del elemento de la subordinación.

Aunado a ello, a juicio comparecieron los testigos José Dariel Rodríguez González y Nancy Rocío Bravo Gualteros quienes informaron que cada conductor podía manejar su propio horario de trabajo, que cuando no había nada que hacer cada conductor

se podía ir -inclusive el señor José Dariel Rodríguez González señaló que se podía ir a trabajar en otros lugares, como Corabastos-, que el pago variaba según el servicio, que el actor trabajaba de forma variable de acuerdo a la cantidad de pedidos que había por entregar, y que la labor no se prestaba todos los días.

Ahora bien, en cuanto a la documental de folios 11, contentiva de una certificación emitida el 04 de septiembre de 2018, por el señor Néstor William Reina Quiroga en la que señala que el demandante *“prestó servicios como conductor, tiempo en el cual fue una persona responsable, trabajadora y altamente comprometida con todas las obligaciones que le fueron requeridas”* (fl. 11), debe decirse que, en principio, si bien dicho documento lo obliga, tal como lo ha asentado nuestra jurisprudencia de cierre (xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx) lo cierto es que la lectura con detenimiento de dicho documento no hace alusión a una vinculación mediante contrato de trabajo, tampoco hace alusión a extremos temporales del vínculo ni la forma de remuneración; luego de dicha prueba no emerge la existencia de un vínculo con visos de contrato de trabajo, sino la efectiva prestación personal del servicio, que es característica no solo de dicho tipo de contrataciones sino también de otras de carácter civil y comercial.

inalmente, se habrá de aclarar que la certificación de COMERCIALIZADORA E&N S.A.S., en la que se verifica que ésta hizo retenciones en la fuente por concepto de transporte a NÉSTOR WILLIAM REINA QUIROGA en los años 2016 a 2018 (archivo 05. Documental Demandante), y que éste último pasó cuentas de cobro a COMERCIALIZADORA E&N S.A.S. por concepto de transporte de productos entre enero de 2014 y noviembre de 2016 (archivo 05. Documental Demandante), no dan cuenta de elemento alguno de subordinación del demandante frente a Reina Quiroga, por el contrario, se reiterada lo que

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-032-2019-00163 -01
Demandante: **JULIO CESAR FORERO MORENO.**
Demandado: **COMERCIALIZADORA E&N S.A.S. Y NÉSTOR WILLIAM REINA QUIROGA.**

denotan es el actuar independiente de NÉSTOR WILLIAM REINA QUIROGA como contratista y que éste por su cuenta le prestaba servicios a la empresa demandada, sin que se verifique de dichos documentos subordinación alguna del demandante respecto del demandado.

Igualmente, y si en gracia de discusión se arribara a la conclusión de que se está frente a un contrato de trabajo, tampoco sería dable establecer los extremos temporales, ya que como quedó visto, la labor desarrollada por el actor era por días, sin que se conozca qué días específicamente se laboró, y según el interrogatorio de parte, existió una interrupción de seis o siete meses en 2013, sin que se logre determinar con precisión en qué tiempo se retornó.

Por lo brevemente expuesto, se CONFIRMARÁ la sentencia.

VI. COSTAS.

Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E

PRIMERO. - **CONFIRMAR** la sentencia de origen y fecha conocidos por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO - Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-032-2019-00163 -01
Demandante: **JULIO CESAR FORERO MORENO.**
Demandado: **COMERCIALIZADORA E&N S.A.S. Y NÉSTOR WILLIAM REINA QUIROGA.**

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

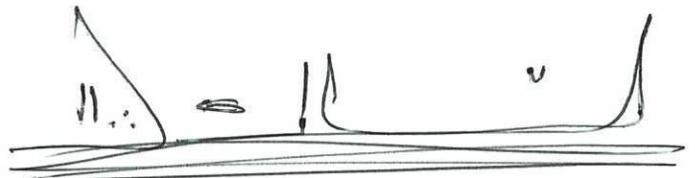
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$200.000 a cargo de la parte actora.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-032-2021-00015 -01.

Demandante: **ANTONIO MARÍA LÓPEZ DÍAZ.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 002.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por las apoderadas de las demandadas, así como estudiar en Grado Jurisdiccional de Consulta, la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá el 06 de mayo de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **ANTONIO MARÍA LÓPEZ DÍAZ** promoviese contra **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., y COLFONDOS S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, el actor pretende se declare la ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de COLFONDOS S.A y Horizonte A.F.P. hoy PORVENIR S.A. Como

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-032-2021-00015 -01.

Demandante: **ANTONIO MARÍA LÓPEZ DÍAZ.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A.**

consecuencia de lo anterior, solicita que PORVENIR S.A. traslade a COLPENSIONES la totalidad de los aportes obrantes en la cuenta de ahorro individual, rendimientos, bono pensional, y gastos de administración; y que COLPENSIONES active su afiliación como si nunca se hubiera trasladado.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumenta la presunta falta de información suministrada por parte de los fondos privados al momento de efectuarse su correspondiente traslado.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

PORVENIR S.A. (fls. 1 a 23 del archivo 04. Contestación Porvenir.pdf), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó prescripción, prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe.

Indicó que el demandante se trasladó de fondo de forma consciente y voluntaria; que la suscripción del formulario de afiliación no se puede tener como un mero requisito formal, pues es una expresión de voluntad inequívoca del actor; que para el momento del traslado de régimen no había obligación de brindar una asesoría, de dar un buen consejo incluso que llevara a desincentivar la afiliación, ni, mucho menos una doble asesoría, lo que nació con el Decreto 2241 de 2010 según Concepto 2017056668-001 del 12 de junio de 2017; que hasta la expedición de los Decretos 2555 de 2010 y 2071 de 2015 y de la Ley 1748 de 2015, nació en cabeza de las administradoras de fondos de pensiones la obligación de asesoría e información tanto para sus afiliados como para el público en general; y que sólo a partir de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-032-2021-00015 -01.

Demandante: **ANTONIO MARÍA LÓPEZ DÍAZ.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A.**

la expedición de la Circular 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera surgió para la A.F.P. la obligación de conservar soportes documentales que den cuenta de la doble asesoría recibida.

Finalmente, manifestó que no es dable la devolución de gastos de administración porque estos tienen por mandato legal una destinación específica; que no se corresponde con las normas legales que gobiernan las restituciones mutuas, que la persona a la que se le ordena restituir un bien, igualmente deba devolver las sumas que invirtió para mantener ese bien o incrementarlo; que operó la excepción de prescripción, pues han transcurrido más de tres años desde el traslado, y más de cuatro, para solicitar su rescisión.

COLFONDOS S.A. (fls. 4 a 5 del archivo 05. Contestación COLFONDOS.pdf), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios de consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, y la innominada o genérica.

Indicó que conforme a la Superintendencia de Sociedades el deber de asesoría nació con la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015; que la afiliación del actor fue libre y espontánea; y que el demandante no ejerció el derecho de retracto dentro de los cinco días siguientes a las celebración del acto de afiliación.

Adujo que el término máximo para solicitar la rescisión de un contrato es de cuatro años conforme al artículo 1750 del C.C.; que el demandante no es beneficiario del régimen de transición

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-032-2021-00015 -01.

Demandante: **ANTONIO MARÍA LÓPEZ DÍAZ.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A.**

para que pueda trasladarse en cualquier tiempo conforme a las sentencias C-789 de 2002, C-1024 de 2004, SU-062 de 2010, SU-130 de 2013, por demás que no acumula 15 años de aportes al 01 de abril de 1994; y que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia únicamente ha declarado la ineficacia de traslado de personas que contaban al momento de migración de una expectativa legítima de pensión.

COLPENSIONES (fls. 2 a 42 del archivo 06. Contestación Colpensiones.pdf), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó inoponibilidad de la responsabilidad de la A.F.P. ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen; responsabilidad sui generis de las entidades de seguridad social; sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación; el error de derecho no vicia el consentimiento; inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política); buena fe; falta de causa para pedir; presunción de legalidad de los actos jurídicos; inexistencia del derecho reclamado; prescripción; y la innominada o genérica.

Precisó que el accionante suscribió el formulario de afiliación, agosto de 1994, época en la que este era el único requisito exigido a los fondos privados para llevar a cabo los traslados de régimen pensional, de modo que exigencias adicionales desvirtúan el principio de confianza legítima, legalidad y debido proceso; que la carga de probar la insuficiencia de la información suministrada por el fondo privado recae en el actor; que no existe prueba de la que se pueda desprender que se incurrió en un vicio del consentimiento; y que el error de derecho no vicia el consentimiento.

Finalmente, indicó que operó la excepción de prescripción, puesto que han transcurrido más de tres años desde la celebración del acto de afiliación.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-032-2021-00015 -01.

Demandante: **ANTONIO MARÍA LÓPEZ DÍAZ.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A.**

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 06 de mayo de 2021, en la que **declaró la ineficacia** del traslado del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de **COLFONDOS S.A.**, de fecha 21 de agosto de 1998, así como su posterior traslado entre administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Consecuentemente le ordenó a COLFONDOS S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES las sumas que haya descontado por concepto de gastos de administración y seguro previsional de los aportes efectuados por el demandante mientras éste estuvo afiliado a esa administradora y a **PORVENIR S.A.** a trasladar con destino a COLPENSIONES la totalidad de los aportes efectuados por el demandante durante su afiliación al Régimen de Ahorro individual con Solidaridad, junto con sus rendimientos, y lo descontado por concepto de gastos de administración y seguros previsionales. Así mismo, ordenó a COLPENSIONES a recibir al demandante como afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad, y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliado al momento del traslado de régimen que se declara ineficaz.

En síntesis, refirió que conforme a los lineamientos fijados por la Corte Suprema de Justicia es necesario acreditar el deber de información, señalando las características, ventajas, desventajas, y las consecuencias; y que del acervo probatorio no se puede concluir que el accionante hubiera tomado una decisión informada para efectos de trasladarse de régimen pensional, pues del interrogatorio de parte se logra determinar que la información suministrada fue superficial, sin el rigor que establece la H. Corte Suprema de Justicia y que el formulario de afiliación es insuficiente para tener por acreditado el deber de información.

Demandante: **ANTONIO MARÍA LÓPEZ DÍAZ.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A.**

Concluyó indicando que es improcedente la excepción de prescripción por estar frente a un derecho conexo al derecho a la seguridad social según criterio de la Corte Suprema de Justicia; y que se imponen costas únicamente contra COLFONDOS S.A. pues fue ante la administradora que se afilió, en un primer término, el demandante.

IV. RECURSO DE APELACIÓN.

COLFONDOS S.A., señaló que el demandante no se encuentra afiliado actualmente a dicho fondo, por lo que, no resulta procedente la condena por concepto de gastos de administración y seguros previsionales, ya que, los aportes y rendimientos fueron trasladados a PORVENIR S.A, no tienen como fin aumentar el monto de la mesada pensional, se descuentan por mandato legal, los seguros previsionales van dirigidos a proteger los riesgos de invalidez y muerte, podría generar un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES al desconocerse la actividad realizada por la administradora, y se desconoce el concepto de las restituciones mutuas, pues fue usado en beneficio del actor, y los aportes generaron rendimientos.

PORVENIR S.A., indicó que para la época del traslado del actor, únicamente era exigible el formulario de afiliación, siendo la única prueba solemne de la información que se otorgaba; que el actor sí recibió asesoría, decidiendo trasladarse libremente de régimen pensional, y sometiéndose a las condiciones de este; que los afiliados son consumidores financieros, por lo que, el afiliado también estaba en la obligación de conocer su situación particular y de sus expectativas pensionales, obteniendo información, por demás que la Ley 100 de 1993 es de común conocimiento; que el actor sólo se preocupó de su traslado cuando ya estaba inmerso en la prohibición de traslado, tomando los beneficios del R.A.I.S., y ahora pretende hacer lo mismo, con el régimen de prima media; que frente a los gastos de

Demandante: **ANTONIO MARÍA LÓPEZ DÍAZ.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A.**

administración tienen una destinación específica, y se vieron reflejados en los rendimientos que generó el demandante; y que no hay lugar a devolver seguros previsionales, dado que estos ingresaron al patrimonio de un tercero para proteger los riesgos de invalidez y muerte, sin que sea dable retrotraer el tiempo para que estos se ha pagados.

COLPENSIONES, por su parte, indicó que no se tuvo en cuenta el principio de relatividad jurídica, en el entendido que es un tercero ajeno al acto jurídico celebrado por el actor y las demás demandas, por lo que, no puede verse afectada ni beneficiada por tales circunstancias; que en aras de proteger a quienes obraron de buena fe, no deben tener consecuencias gravosas, siendo únicamente condenada COLFONDOS S.A. a que reconozcan en los mismos términos y condiciones la mesada pensional que tendría derecho en el régimen de prima media; que quien causó el daño fueron las demás demandadas, debiendo ser las llamadas a reconocer los perjuicios a favor del demandante; y que en caso que se les condene deben pagarse los perjuicios que le causaron las demás demandadas por su falta en el cumplimiento del deber de información.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 07 de julio de 2021, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. De igual manera se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y de la parte actora para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-032-2021-00015 -01.

Demandante: **ANTONIO MARÍA LÓPEZ DÍAZ.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A.**

materias objeto del recurso. Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es Colpensiones, se verificarán las condenas impuestas.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** se circunscribe a definir si devino en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por el demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO.

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011. El *corpus argumentativo* construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-032-2021-00015 -01.

Demandante: **ANTONIO MARÍA LÓPEZ DÍAZ.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A.**

consejo”, la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

De igual manera, atendiendo a las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al Régimen de Ahorro Individual, resulta claro que el Alto Tribunal ha optado, con inmodificable persistencia, por la vía de la ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

Frente al punto, es cierto que la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia no ha ahondado en disquisiciones sobre la noción misma de la ineficacia; a diferencia de la Sala Civil, que durante décadas ha debatido sobre los conceptos de nulidad absoluta, inexistencia e ineficacia, sin llegar a un acuerdo pleno, al que tampoco han llegado los doctrinantes; no obstante, en punto al abordaje del tema a través de la ineficacia, debe decirse que la jurisprudencia del trabajo sí se ha explayado en razones para explicar, de un lado que (i) la vía adecuada sí es la de la ineficacia y del otro, (ii) cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un consentimiento informado, entendido como un procedimiento que garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019).

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-032-2021-00015 -01.

Demandante: **ANTONIO MARÍA LÓPEZ DÍAZ.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A.**

aportes textuales de la **sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838)**, la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, y los alcances de la ineficacia, entre otros.

a) Sobre el deber de información, en la sentencia citada quedó dicho:

“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

<u>Etapa acumulativa</u>	<u>Normas que obligan a las administradoras de pensiones información</u>	<u>Contenido mínimo y alcance del deber de información</u>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

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.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-032-2021-00015 -01.

Demandante: **ANTONIO MARÍA LÓPEZ DÍAZ.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A.**

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente. (...)."

b) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado, la ya referida SL1688-2019, Rad. 68838, explicó:

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

(...)

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

(...) 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.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado".

c) En cuanto a la carga de la prueba: También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explicita así:

"En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió

Demandante: **ANTONIO MARÍA LÓPEZ DÍAZ.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A.**

voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

...Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.

d) En cuanto al alcance de la ausencia del deber de información y de los nulos efectos que pueden generar las reasesorías posteriores, quedó dicho en la citada in-
extenso que:

“Ahora, si bien la AFP brindó a la actora una reasesoría el 26 de noviembre de 2003, en virtud de la cual se concluyó la inconveniencia de continuar en Protección S.A., la Sala considera que este servicio no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones:

En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante con 15 años de cotización o servicios a 1. 0 de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado la demandante al día siguiente de la reasesoría, de todas formas ya había perdido la transición.

En segundo lugar, porque **la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad.** Como se dijo, el afiliado requiere para tomar

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-032-2021-00015 -01.

Demandante: **ANTONIO MARÍA LÓPEZ DÍAZ.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A.**

decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información.

(...)”. (Negrillas por la Sala).

e) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, la pluricitada sentencia SL 1688-2019, expuso:

“(…) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial (...) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.”

Aunado a lo anterior, en la sentencia SL1217-2021, la Sala de Casación Laboral indicó, **en relación con el derecho de retracto**, que el estudio de la procedencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional se debe circunscribir a establecer si el fondo de pensiones brindó al afiliado, en forma oportuna y suficiente, la información necesaria y transparente para sopesar las ventajas y desventajas entre uno y otro régimen al tomar su decisión de trasladarse, de ahí que no resulte necesario ni relevante, para de ser el caso acceder a la aludida declaratoria, determinar si aquel ejerció o no su derecho de retracto o de retornar al régimen de prima media con prestación definida; en ese sentido, precisó el máximo tribunal:

Demandante: **ANTONIO MARÍA LÓPEZ DÍAZ.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A.**

“3.¿Era necesario que la accionante ejerciera el derecho de retracto para obtener la declaración judicial que impetra?”

(...)

Luego, lo que le correspondía al Tribunal dilucidar es si a la demandante se le brindó oportunamente la información necesaria y transparente que requería, para sopesar ventajas y desventajas de uno y otro régimen al momento de adoptar su decisión de trasladarse, no si con posterioridad al mismo ejerció o no el derecho a retornar al sistema público de pensiones.

Con otras palabras, si el juez de apelaciones hubiere entendido que la materia del litigio se circunscribió al consentimiento no informado para el cambio de régimen pensional, habría advertido, certeramente, los perjuicios que le ocasionó a la actora el cambio de régimen, en cuanto el traslado del sistema público de pensiones al privado le implicó la pérdida de los beneficios del régimen de transición. (...).”

De lo anterior puede concluirse, que el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, **sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional**, ni que hubiere ejercido el derecho de retracto, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

Caso concreto.

Se encuentra probado en el expediente que: **i)** El demandante se encontraba afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación definida a través del I.S.S., pues desde el 01 de febrero de 1979 presenta aportes, según la historia laboral obrante a folios 44 a 49 del archivo 06. Contestación

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-032-2021-00015 -01.

Demandante: **ANTONIO MARÍA LÓPEZ DÍAZ.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A.**

Colpensiones.pdf; **ii)** Se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de COLFONDOS S.A. el 21 de agosto de 1998 (fl.13 del archivo 01. DEMANDA 2021-0015 - ORDINARIO.pdf); **iii)** El 18 de marzo de 2002 se trasladó a Horizonte Pensiones y Cesantías hoy PORVENIR S.A. (fl.14 del archivo 01. DEMANDA 2021-0015 - ORDINARIO.pdf); y **iv)** Solicitó retornar nuevamente al Régimen de Prima Media el 30 de noviembre de 2020, ante COLPENSIONES, pero le fue negada tal posibilidad por tal entidad (fls.15 a 18 del archivo 01. DEMANDA 2021-0015 - ORDINARIO.pdf).

A folio 13 del archivo 01. DEMANDA 2021-0015 - ORDINARIO.pdf, se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 21 de agosto de 1998 con COLFONDOS S.A., el cual si bien consigna que la decisión se adoptó de forma libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia¹.

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que la correspondiente AFP estaba en la libertad de usar cualquier medio probatorio de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio, situación que no aconteció en el caso bajo estudio; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, pues de ello no es viable derivar una confesión, al no lograrse evidenciar que conociera las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales; por tanto, no se

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167: " *la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado*"

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-032-2021-00015 -01.

Demandante: **ANTONIO MARÍA LÓPEZ DÍAZ.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A.**

considera dable que tales manifestaciones contengan consecuencias adversas para la ella, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

En cuanto a que **el demandante debía conocer la ley** o, en otras palabras, que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, si bien ello resulta acertado, la aplicación de dicho principio del derecho no descarta la obligación de las administradoras de fondos de pensiones de haberle brindado al afiliado la información clara, cierta y oportuna en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, lo cual tampoco se suple argumentando la negligencia del actor al no haber indagado acerca de su derecho pensional o cumplir con el deber de informarse sobre el particular, pues como es sabido, cuando se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente, sobre estas recae principalmente dicho deber, en razón a que son las entidades financieras quienes, por su posición en el mercado, profesionalismo y control de tales operaciones, tienen ventaja frente al afiliado inexperto.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, lo que implica que el accionante debe retornar al estado original antes de la afiliación con Cesantías y Pensiones Colmena, de manera que, **COLPENSIONES pese a no participar en el acto de traslado está obligada a recibirla**, pudiendo en todo caso efectuar las acciones que considere con ocasión del actuar ineficaz del fondo privado, no siendo posible efectuar tal condena en esta instancia pues no se

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-032-2021-00015 -01.

Demandante: **ANTONIO MARÍA LÓPEZ DÍAZ.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A.**

presentó acción de ninguna índole por tal fondo de pensiones, así como tampoco fue objeto de discusión.

Frente a dicha sanción jurídica, ha de indicarse que la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ha dispuesto que la consecuencia de la afiliación desinformada es **la ineficacia** y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales; por tanto, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento, como lo es la coacción o presión, resulta errado.

En efecto en la citada sentencia SL 1688-2019, se señaló:

“(...) Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.”

Por las razones anteriormente expuestas, la Sala encuentra acierto en la decisión del A Quo, por lo que **CONFIRMARÁ** la declaración de la ineficacia del acto de traslado de Antonio María López Díaz del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Por otra parte, y como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia de traslado, resulta consecuente ordenar tal como lo hiciera el A Quo, **el reconocimiento y pago de la totalidad de**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-032-2021-00015 -01.

Demandante: **ANTONIO MARÍA LÓPEZ DÍAZ.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A.**

los rubros que recibió la AFP, tales como aportes, rendimientos, gastos de administración y valores pagados por concepto de seguros previsionales. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

“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 esta 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.”

En la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, mencionó:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Finalmente, en la sentencia SL2877-2020, Rad. 78667, indicó:

“(…) Entonces, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado *ineficaz*, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

[...]. De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las *restituciones mutuas* contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-032-2021-00015 -01.

Demandante: **ANTONIO MARÍA LÓPEZ DÍAZ.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A.**

trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

[...]. Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implican dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; [...].

Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

[...]. De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones”.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado es imperativo devolver los valores pagados por concepto de seguros previsionales y gastos de administración; rubros que deben asumir cada una de las administradoras a cargo de su propio patrimonio conforme al precedente expuesto. Aunado a ello, los montos aludidos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social y con ellos se financiará la pensión del accionante, por lo que en aras de preservar la financiación de tal prestación; recuérdese que en virtud de la ineficacia de traslado, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, conforme se explicó por la Sala de Casación Laboral en la ya citada sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050.

En consecuencia, sería del caso confirmar los numerales tercero y cuarto de la sentencia, en los que se impuso a las administradoras reconocer gastos de administración y seguros

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-032-2021-00015 -01.

Demandante: **ANTONIO MARÍA LÓPEZ DÍAZ.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A.**

previsionales, sino fuera porque no se estableció que debían ser reconocidos **debidamente indexados**. Al punto, se aclara que se impone tal condena, como quiera que se hace necesaria la actualización de tales valores, reajuste que se encuentra acorde a lo dispuesto en la sentencia SL1689-2019, en la que se dispuso igual condena, y tal como se ha venido realizando en pronunciamientos más recientes, como el contenido en las providencias SL3199-2021, SL4192-2021, SL3871-2021, entre otras. En la primera de éstas se dispuso, en relación con la condena por los aludidos valores, lo siguiente:

“En consecuencia, habrá de adicionarse el numeral segundo del fallo del a quo, en el sentido de que Porvenir S.A. **deberá trasladar a Colpensiones, además de lo consignado en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, los bonos pensionales y lo recaudado por concepto de comisiones y gastos de administración debidamente indexados** durante todo el tiempo que la actora permaneció en el RAIS, así como los valores utilizados en seguros previsionales y los emolumentos destinados a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Igualmente se condenará a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones las comisiones y gastos de administración cobrados a la demandante, **rubros que deberá cancelar debidamente indexados**, así como los valores utilizados en seguros previsionales y la garantía de pensión mínima, que le corresponderá asumir con cargo a sus propios recursos”.

Por lo dicho, considera la Sala necesario **MODIFICAR los numerales tercero y cuarto de la sentencia**, en el sentido de **ADICIONAR** que COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. deben trasladar con destino a COLPENSIONES las sumas que hayan descontado al señor Antonio María López Díaz por concepto de seguros previsionales y gastos de administración **debidamente indexados**.

Igualmente, debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad financiera**, tal como ya lo estudio la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, en la sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, según la cual, las AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-032-2021-00015 -01.

Demandante: **ANTONIO MARÍA LÓPEZ DÍAZ.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A.**

hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, 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, los cuales asumen los cargas que tiene que se adjudica al accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

En lo que respecta a la excepción de **prescripción**, se tiene que la acción que en esta ocasión se estudia no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta improcedente someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado, tal como lo advirtió la Corte en la citada sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, en la que dijo: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.*

La misma lógica considera la Sala, se aplica a la prescripción de los gastos de administración y de los valores pagados por seguros previsionales pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL1689-2019 y SL687-2021).

Costas en esta instancia a cargo de COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. No se imponen a COLPENSIONES, por cuanto no

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-032-2021-00015 -01.

Demandante: **ANTONIO MARÍA LÓPEZ DÍAZ.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A.**

participó en el acto de traslado del señor Antonio María López Díaz.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E:

PRIMERO. - **MODIFICAR los numerales tercero y cuarto** de la sentencia, en el sentido de ADICIONAR que COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. deben trasladar con destino a COLPENSIONES las sumas que hayan descontado al señor Antonio María López Díaz por concepto de **seguros previsionales y gastos de administración debidamente indexados.**

SEGUNDO. - **CONFIRMAR en lo demás** la sentencia

TERCERO. -.Costas en esta instancia a cargo de COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

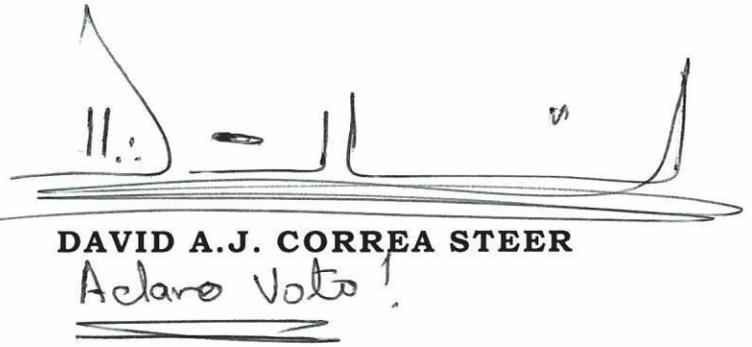
Código Único de Identificación: 11 001 31 05-032-2021-00015 -01.

Demandante: **ANTONIO MARÍA LÓPEZ DÍAZ.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A.**



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

Aclaro voto!

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$500.000 a cargo de PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., respectivamente.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-036-2019-00651 -01.

Demandante: **LEONEL CASTAÑEDA RUBIANO.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 002.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por la apoderada de la demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá el 11 de marzo de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **LEONEL CASTAÑEDA RUBIANO** promoviese contra **COLPENSIONES.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, la actora pretende el pago de una pensión de vejez de conformidad con la Ley 100 de 1993, intereses moratorios, e indexación.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumentó que: **1)** Cotizó 1600,57 semanas al I.S.S. hoy COLPENSIONES; **2)** Le fue reconocida pensión de jubilación por parte del Magisterio

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-036-2019-00651 -01.

Demandante: **LEONEL CASTAÑEDA RUBIANO.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

mediante la Resolución 6029 del 19 de octubre de 2013; **3)** El 16 de abril de 2019 solicitó pensión de vejez ante COLPENSIONES, empero fue negada mediante la Resolución SUB 141933 del 05 de junio de 2019; y **4)** El 18 de junio de 2019 interpuso recurso de apelación, no obstante, fue confirmada la decisión inicial a través de la Resolución DPE 5742 del 11 de julio de 2019.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos:

COLPENSIONES (fls. 67 a 73), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó, inexistencia del derecho y de la obligación, improcedencia de indexación e intereses moratorios, prescripción, buena fe, y la innominada o genérica.

Indicó que al accionante le fue reconocida pensión de jubilación por parte del Fondo Prestaciones Sociales del Magisterio mediante la Resolución 6029 del 29 de octubre de 2013, la que es compatible con la pensión que reconocería COLPENSIONES, ya que el estatus de pensionado se adquirió antes del 08 de mayo de 1992; y que aunado a lo anterior, nadie puede recibir más de una asignación que provenga del tesoro público.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 11 de marzo de 2021, en la que dictó **sentencia condenatoria:**

PRIMERO: CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar al actor, la pensión de vejez, a partir del momento en que se acredite la desafiliación del sistema, con una mesada adicional por año y los reajustes anuales correspondientes. La prestación vitalicia deberá ser liquidada con la totalidad de las cotizaciones efectuadas a la fecha de la desafiliación.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-036-2019-00651 -01.

Demandante: **LEONEL CASTAÑEDA RUBIANO.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

SEGUNDO: ABSOLVER a COLPENSIONES de las demás pretensiones incoadas en su contra.

TERCERO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de prescripción.

CUARTO: CONDENAR en COSTAS a la encartada. Inclúyase en su liquidación la suma de \$1'000.000 a título de agencias en derecho.

En síntesis, refirió que el accionante se vinculó a la Secretaría de Educación de Bogotá como docente el 18 de febrero de 1988, por lo que hacía parte de un régimen ajeno al sistema integral de seguridad social; que las pensiones reconocidas al personal del Magisterio no hacen parte de la Ley 100 de 1993, por lo que, es dable deprecar que se trata de dos pensiones diferentes por su origen y fuente, pues en la primera, la prestación se causa por acumularse tiempos cotizados al sector público docente, y la segunda, al sector privado; y que los aportes efectuados a COLPENSIONES no pueden ser tenidos como rubros provenientes del tesoro público, dado que fueron efectuados por un afiliado, como lo es el demandante.

Concluyó advirtiendo que está acreditado que el actor acumula 1600 semanas y tiene la edad de 64 años, por tanto, es beneficiario de una pensión de vejez de conformidad con la Ley 797 de 2003; que la fecha de reconocimiento será a partir del momento en que el demandante se retire, pues se encuentra como cotizante activo y no se observa que hubiera sido inducido en error por parte de COLPENSIONES para que siguiera aportando; que al actor le corresponde trece mesadas al año, pues causó su pensión con posterioridad al 31 de julio de 2011; y que no hay lugar a condenar por intereses moratorios, pues no se han causado mesadas a favor del actor, misma razón por la que no es dable ordenar su indexación o declarar su prescripción.

IV. RECURSO DE APELACIÓN.

COLPENSIONES señaló que el demandante no se encuentra inmerso dentro de las excepciones de la Ley 4 de 1992 para ser acreedor a la prestación, pues se vinculó antes de la vigencia del

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-036-2019-00651 -01.

Demandante: **LEONEL CASTAÑEDA RUBIANO.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

Decreto 1278 de 2002 y su estatus pensional fue posterior al 18 de mayo de 2002; que no es dable ser afiliado y pensionado al mismo tiempo; que todos los tiempos cotizados deber ser utilizados para financiar la pensión que ya goza el actor; que nadie puede recibir más de una asignación del tesoro público; y que los tiempos laborados por el actor fueron contabilizados para el reconocimiento de la primera pensión.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 07 de julio de 2021, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la apoderada de COLPENSIONES, para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

Igualmente, y conforme lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es Colpensiones, se verificarán las condenas impuestas.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** se circunscribe a definir si el actor es beneficiario de una pensión de vejez conforme la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-036-2019-00651 -01.

Demandante: **LEONEL CASTAÑEDA RUBIANO.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

de 2003 al resultar compatible con la pensión de jubilación del Magisterio que actualmente goza.

PENSIÓN GRACIA. COMPATIBILIDAD CON LAS PENSIONES DEL SISTEMA INTEGRAL DE SEGURIDAD SOCIAL.

La pensión gracia fue creada por la Ley 114 de 1913 para los educadores que desarrollen sus labores en establecimientos educativos oficiales del orden territorial o nacionalizado.

En cuanto a su compatibilidad con las pensiones del sistema integral de seguridad social, es menester recordar que la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias como la del 06 de diciembre de 2011, Rad. 40848, 17 de julio de 2013, Rad. 41001, y más recientemente en la SL2649-2020, ha establecido que no existen razones jurídicamente válidas para concluir que la pensión de jubilación oficial que se reconoce a un docente, resulta incompatible con la pensión de vejez que se puede obtener del I.S.S., por servicios prestados a instituciones de naturaleza privada, pues al tener la calidad de docente oficial y estar excluido del Sistema Integral de Seguridad Social al compás de lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, a un docente le resulta posible prestar servicios a establecimientos educativos oficiales simultáneamente a establecimientos privados y, por virtud de ello, adquirir una pensión de jubilación oficial y, al mismo tiempo, financiar una posible pensión de vejez en el Instituto de Seguros Sociales. En la última sentencia aludida se determinó:

“Con respecto a la primera cuestión esbozada, contrario a lo argüido por la censura, en virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, al tener el estatus de docente oficial y encontrarse excluido del Sistema Integral de Seguridad Social, el demandante podía prestar sus servicios a establecimientos educativos de naturaleza pública y obtener una pensión de jubilación oficial, y, simultáneamente, laborar para instituciones educativas particulares para adquirir una pensión de vejez en el ISS, hoy Colpensiones, resultando válido que dichos aportes se trasladaran al RAIS a través de un bono pensional.

Demandante: **LEONEL CASTAÑEDA RUBIANO.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

Así lo sostuvo esta Corporación en sentencia CSJ SL451-2013, en la que adoctrino:

En lo que tiene que ver con la segunda cuestión planteada en el cargo, en este caso era perfectamente posible emitir el bono pensional para financiar una eventual pensión de vejez, pues las cotizaciones que pretenden ser compensadas a través del mismo, fueron hechas al Instituto de Seguros Sociales, por servicios prestados por la demandante a instituciones privadas, con anterioridad a su ingreso al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y que, en todo caso, eran diferentes a los tiempos de servicio que sirvieron de base al reconocimiento de la pensión oficial.

En tales condiciones, no existía incompatibilidad alguna entre el bono pensional y la pensión de jubilación oficial, como bien lo concluyó el Tribunal, ni se está prohijando una mezcla inadecuada entre dos regímenes, como lo denuncia de manera confusa la censura.

En efecto, por tener la calidad de docente oficial y estar excluida del Sistema Integral de Seguridad Social, al compás de lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, a la demandante le resultaba válido prestar sus servicios a establecimientos educativos oficiales y, por virtud de ello, adquirir una pensión de jubilación oficial y, al mismo tiempo, prestar sus servicios a instituciones privadas y financiar una posible pensión de vejez en el Instituto de Seguros Sociales, con la posibilidad de que dichos aportes fueran trasladados al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de un bono pensional”.

Igualmente, se hace necesario aclarar que los docentes oficiales afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG que reciban remuneraciones del sector privado no deben acumular sus cotizaciones a este fondo, puesto que el artículo 31 del Decreto 692 de 1994 prevé la posibilidad de acumular cotizaciones en el caso de profesores en los siguientes términos:

“Las personas actualmente afiliadas o que se deban afiliar en el futuro al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio creado por la Ley 91 de 1989, que adicionalmente reciban remuneraciones del sector privado, tendrán derecho a que la totalidad de los aportes y sus descuentos para pensiones se administren en el mencionado Fondo, o en cualquiera de las administradoras de los regímenes de prima media o de ahorro individual con solidaridad, mediante el diligenciamiento del formulario de vinculación. En este caso, le son aplicables al afiliado la totalidad de condiciones vigentes en el régimen seleccionado”.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-036-2019-00651 -01.

Demandante: **LEONEL CASTAÑEDA RUBIANO.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

También ha dicho la misma Corporación, (SL451-2013) que la anterior norma sólo puede ser interpretada en su sentido natural y obvio, es decir, que los docentes oficiales vinculados a la entidad que maneja las pensiones de ese sector, si paralelamente laboran para una persona jurídica o natural de carácter privado, pueden afiliarse a una administradora de pensiones, cotizar a la misma, con el subsecuente efecto de que al cumplimiento de las exigencias previstas en su régimen, accederán a las prestaciones propias del mismo.

De igual manera, resulta menester advertir que el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, *“Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario”*, trazó el límite temporal hasta el que operaría el régimen exceptuado de los docentes oficiales en materia pensional contenido en la Ley 91 de 1989, y del cual versaba el inciso segundo del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, estableciéndolo hasta la entrada en vigencia de este, lo que acaeció el 27 de junio de 2003. El mencionado precepto señala:

“ARTÍCULO 81. RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres”.

Por tanto, el régimen exceptuado se mantuvo para aquellos docentes que se encontraban vinculados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 812 de 2003, con atención, en todo caso, de los derechos adquiridos y las expectativas legítimas generadas durante su vigencia. Frente al punto, la sentencia SL3775-2021 señaló:

Demandante: **LEONEL CASTAÑEDA RUBIANO.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

“Vale decir, que el régimen exceptuado, tal y como venía funcionando, con las explicaciones ya dadas, se mantuvo para aquellos docentes que se encontraban vinculados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 812 de 2003, con atención, en todo caso, de los derechos adquiridos y las expectativas legítimas generadas durante su vigencia, es decir, para el caso, dado que el demandante se afilió al ISS desde el 16 de mayo de 1984, ninguna incidencia tenía sobre su situación particular lo prescrito por el artículo 81 citado y se encontraba plenamente habilitado, en el ejercicio de la docencia particular, para realizar aportes a cualquiera de los regímenes pensionales consagrados en la Ley 100 de 1993, con la posibilidad real de financiar una pensión de vejez o, en su defecto, de acceder a una indemnización sustitutiva o devolución de saldos, con independencia de la pensión de jubilación de que disfrutaba en el sector público como docente”

Así mismo, se rememora que ha sido pacífica y reiterada la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral, en precisar que los dineros con que COLPENSIONES reconoce las prestaciones no pueden ser considerados como provenientes del tesoro público, toda vez que corresponden a las cotizaciones efectuadas por los empleadores y trabajadores, producto de su labor. Así lo ha indicado la jurisprudencia de esta Sala en diferentes sentencias, entre otras, SL9730-2014, SL1373-2019, SL5118-2019, y SL2649-2020:

DEL CASO CONCRETO.

Se encuentra probado en el expediente que:

- i)** Leonel Castañeda Rubiano nació el 24 de noviembre de 1956 (fls. 61 y 62).
- ii)** El actor logró acumular 1651,71 semanas de tiempos privados durante toda su vida laboral, las que cotizó a COLPENSIONES (fls. 75 a 90).
- iii)** El actor laboró al servicio de la Empresa Distrital de Servicios Públicos- EDIS del 02 de febrero de 1981 al 28 de septiembre de 1992, teniendo seis días de interrupción, esto es, 4191 días (fls. 7 a 10).
- iv)** El demandante laboró para el Distrito como docente desde el 08 de febrero de 1993 hasta el 24 de noviembre de 2011, motivo por el que se le reconoció

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-036-2019-00651 -01.

Demandante: **LEONEL CASTAÑEDA RUBIANO.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

pensión de jubilación por parte del FOMAG mediante la Resolución 6029 del 29 de octubre de 2013, a partir del 25 de noviembre de 2011 (fls.58 a 60)

- v) El 16 de abril de 2019 solicitó pensión de vejez a COLPENSIONES (fls. 14 a 19), no obstante, fue negada mediante Resolución SUB 141933 del 05 de junio de 2019, por cuanto el actor beneficiario de una pensión de jubilación reconocida por parte del Magisterio (fls. 20 a 34).
- vi) El 18 de junio de 2018 el demandante interpuso recurso de apelación contra la Resolución SUB 141933 de 2019 (fls. 35 a 39); sin embargo, se confirmó el acto administrativo inicial a través de la Resolución DPE 5742 del 11 de julio de 2019 (fls. 40 a 49).
- vii) La demandante el 25 de junio de 2018 solicitó una pensión restringida de jubilación, pero le fue negada mediante la Resolución SPE-GDP 0885 del 10 de julio de 2018 (fls. 21 a 26).

Sentado lo anterior, debe advertirse que el actor laboró al servicio del Distrito como Docente desde el 08 de febrero de 1993, esto es, con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, por lo que la pensión reconocida por parte del FOMAG mediante la Resolución 6029 del 29 de octubre de 2013 hace parte del régimen exceptuado del Magisterio y, en consecuencia, es compatible con la pensión de vejez del sistema integral de pensiones contemplado en la Ley 100 de 1993, conforme al precedente jurisprudencial citado (sentencias SL2649-2020 y SL3775-2021).

Así mismo, debe anotarse que los aportes realizados a COLPENSIONES por parte del actor únicamente obedecen a servicios prestados a instituciones de naturaleza privada, y no tienen su origen en los mismos tiempos con los que se reconoció la pensión por parte del FOMAG, pues ninguno es de un colegio

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-036-2019-00651 -01.

Demandante: **LEONEL CASTAÑEDA RUBIANO.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

distrital o público, según se deduce de la historia laboral de COLPENSIONES obrante a folios 75 a 90.

Por tanto, los aportes con los que se sufragaría la pensión de vejez de Ley 100 de 1993 solicitada por el actor tienen un origen distinto a los de la pensión reconocida por el FOMAG, argumento adicional para considerar su compatibilidad.

En este punto, se hace necesario esclarecer en consideración a la impugnación elevada por la apoderada de COLPENSIONES, que si bien el artículo 19 de la Ley 4 de 1992 establece las excepciones al régimen prohibitivo de la doble erogación pública, señalando en relación con los docentes oficiales que, los servidores oficiales docentes pensionados puede recibir una doble erogación siempre y cuando estuvieren pensionados a la fecha de entrar en vigencia la Ley 4 de 1992, o sea el 18 de mayo de 1992; no se observa que el demandante hubiera incumplido dicho precepto normativo, pues fue pensionado mediante la Resolución 6029 del 29 de octubre de 2013, a partir del 25 de noviembre de 2011, no devengaba otra pensión del sector oficial, y las vinculaciones que tuvo a partir de la última fecha citada, fueron al sector privado a través de la Caja de Compensación Familiar Compensar.

En tales condiciones, se procede a verificar si el actor cumple los requisitos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003 para acceder al **derecho pensional**, encontrando que dicha normatividad establece expresamente lo siguiente:

“ARTÍCULO 33. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE VEJEZ. <Artículo modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. <Ver Notas del Editor> Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.

A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos **(62) años para el hombre.**

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o. de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a **1.300 semanas** en el año 2015. (...)"

En el sub lite, se encuentra demostrado que el actor cumplió 62 años el 24 de noviembre de 2018, dado que nació el mismo día y mes de 1956, así como acumula 1651,71 semanas en COLPENSIONES, por lo que, cumple los requisitos de la norma trasunta, y en consecuencia es beneficiario de una pensión de vejez.

Así las cosas, sería del caso reconocer la pensión a partir del 24 de noviembre de 2018, fecha de cumplimiento de la edad, sino fuera porque le asiste razón a la A Quo, en establecer que se debe pagar a partir del momento en que el accionante se retire; en efecto, el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, establece que para el reconocimiento de la pensión es necesaria la desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar la misma; y que para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada para este riesgo.

En igual sentido, debe precisarse que, si bien la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha admitido algunas excepciones a la obligación de desafiliación formal del sistema para entrar a disfrutar de la pensión de vejez, cuando concurren varios hechos, tales como la terminación del vínculo laboral del afiliado, la falta de pago de aportes, y el cumplimiento de los requisitos en materia de edad y de cotizaciones (SL4073-2020), lo cierto es que en el asunto, no se configuran tales situaciones, pues la última historia laboral allegada por parte de COLPENSIONES data del 16 de abril de 2019, y se presentan aportes hasta el mes anterior, lo que no permite establecer la intención del afiliado de cesar su vinculación al sistema de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-036-2019-00651 -01.

Demandante: **LEONEL CASTAÑEDA RUBIANO.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

seguridad social integral en procura de la obtención del derecho pensional.

Finalmente, observa la Sala que se reconoció la prestación sobre trece mesadas, condena que se considera acertada, puesto que la mesada trece se sigue pagando conforme al artículo 50 de la Ley 100 de 1993.

Por lo brevemente expuesto, se CONFIRMARÁ la sentencia.

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E

PRIMERO. - **CONFIRMAR** la sentencia de origen y fecha conocidos por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO. - Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-036-2019-00651 -01.

Demandante: **LEONEL CASTAÑEDA RUBIANO.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

DAVID A.J. CORREA STEER

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$200.000 a cargo de COLPENSIONES.

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-037-2019-00373 -01.

Demandante: **JANETH AMPARO MELO CASTRO.**

Demandado: **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y PORVENIR S.A.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente.

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).3

Discutido y Aprobado según Acta No 002.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por la apoderada de COLPENSIONES, así como estudiar en GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá el 18 de marzo de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **JANETH AMPARO MELO CASTRO** promoviese contra **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, la actora pretende se declare la “*nulidad*” o ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-037-2019-00373 -01.

Demandante: **JANETH AMPARO MELO CASTRO.**

Demandado: **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y PORVENIR S.A.**

a través de PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. Como consecuencia de lo anterior, solicita que COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. traslade a COLPENSIONES la totalidad del capital obrante en la cuenta de ahorro individual, rendimientos, bonos pensionales y cuotas de administración; y que COLPENSIONES active su afiliación, reciba la totalidad de los valores percibidos por los fondos privados.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumentó la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuarse su correspondiente traslado.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

COLPENSIONES (135 a 142), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, y la innominada o genérica.

Adujo que no se encuentra acreditado ningún vicio del consentimiento y que estos deben ser objeto de prueba; que hubo una ratificación del consentimiento, ya que la accionante efectuó diversos traslados horizontales, y estuvo en R.A.I.S. desde el 06 de mayo de 1994; que era obligación de la actora informarse de su situación pensional; que el error de derecho no vicia el consentimiento; y que han transcurrido más de los tres años para solicitar la nulidad del contrato de afiliación, por lo que operó el fenómeno de la prescripción.

COLFONDOS S.A. (fls. 153 a 178) se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-037-2019-00373 -01.

Demandante: **JANETH AMPARO MELO CASTRO.**

Demandado: **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y PORVENIR S.A.**

mérito las que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios de consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, y la innominada o genérica.

Indicó que conforme a la Superintendencia de Sociedades el deber de asesoría nació con la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015; que la afiliación de la actora fue libre y espontánea; y que la demandante no ejerció el derecho de retracto dentro de los cinco días siguientes a la celebración del acto de afiliación.

Adujo que el término máximo para solicitar la rescisión de un contrato es de cuatro años conforme al artículo 1750 del C.C.; que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición para que pueda trasladarse en cualquier tiempo conforme a las sentencias C-789 de 2002, C-1024 de 2004, SU-062 de 2010, SU-130 de 2013, por demás que no acumula 15 años de aportes al 01 de abril de 1994; y que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia únicamente ha declarado la ineficacia de traslado de personas que contaban al momento de migración de una expectativa legítima de pensión.

Finalmente, **PORVENIR S.A.** (fls. 197 a 209), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación, inexistencia de la obligación a cargo de mi representada, cobro de lo no debido, buena fe, compensación, y la innominada o genérica.

Indicó que es principio del sistema de seguridad social en pensiones la libertad de escogencia de régimen pensional; y que

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-037-2019-00373 -01.

Demandante: **JANETH AMPARO MELO CASTRO.**

Demandado: **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y PORVENIR S.A.**

la demandante no acredita los requisitos para poderse trasladar de régimen pensional conforme a la sentencia SU-062 de 2010, dado que no es beneficiaria del régimen de transición.

Manifestó que no aparece acreditado que el contrato de afiliación tenga un objeto o una causa ilícita, así como tampoco que se haya celebrado por una persona absolutamente incapaz, para concluir que se está frente a la nulidad absoluta de tal acto; que el error de derecho no vicia el consentimiento; y que la posibilidad de solicitar la nulidad del contrato se encuentra prescrita, como quiera que han transcurrido más de tres años desde su celebración, por demás que la solicitud de rescisión tenía un término de cuatro años, y en este periodo, tampoco se solicitó.

2.1. VINCULACIÓN PROTECCIÓN S.A.

Mediante auto del 15 de noviembre de 2019 se dispuso vincular a PROTECCIÓN S.A. (fls. 240 y 241), quien se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, y la innominada o genérica.

Indicó que la demandante suscribió formulario de afiliación mediante el que manifestó su voluntad de estar en el R.A.I.S., suscribiéndolo e indicando que la afiliación se realizó

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-037-2019-00373 -01.

Demandante: **JANETH AMPARO MELO CASTRO.**

Demandado: **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y PORVENIR S.A.**

completamente libre de vicios del consentimiento; que brindó una asesoría completa, clara y comprensible a la demandante al momento de realizar su afiliación, la que se hizo conforme a la normatividad de la época y conforme a las exigencias existentes para ese momento; y que capacitaba a sus asesores de la mejor manera para que brindaran una asesoría clara, completa, integral, y profesional, indicándose a los afiliados, la posibilidad que tienen de optar por una pensión a una edad anticipada siempre y cuando cuenten con capital suficiente que les permita financiar una pensión superior al 110% de un salario mínimo legal, la figura de la garantía de pensión mínima de vejez, la posibilidad de obtener excedentes de libre disponibilidad, el factor herencial de los aportes, entre otras características del régimen.

Adujo que no se incurrió en error, pues la actora se afilió de forma voluntaria, por demás que ésta es una persona con capacidad de entendimiento por lo que cuenta con todas las herramientas necesarias para tomar una decisión sobre su futuro pensional, por demás que la demandante conocía plenamente la especie u objeto del negocio, la calidad del objeto, y la persona, dado que fue informada suficientemente sobre las calidades del régimen y las consecuencias del mismo; que el error de derecho no vicia el consentimiento; que jamás ha ejercido fuerza o presión sobre una persona para que se afilie al fondo; y que la variación en el monto de la mesada no vicia el consentimiento.

Señaló que fue con la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2555 de 2010 que se estableció expresamente el deber de informar a los consumidores financieros sobre los efectos, beneficios e inconvenientes de los regímenes pensionales; que sólo con la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015 se ordenó a las A.F.P. poner a disposición de los usuarios herramientas financieras que permiten obtener mayor comprensión sobre el régimen pensional seleccionado; que con la Circular 016 de 2016 surgió la

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-037-2019-00373 -01.

Demandante: **JANETH AMPARO MELO CASTRO.**

Demandado: **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y PORVENIR S.A.**

obligación para las administradoras de conservar soportes documentales que den cuenta de la doble asesoría; y que el traslado de la actora fue en 1994, por lo que, no se podía exigir todo lo anterior.

Finalmente, explicó era obligación de la demandante según el Estatuto del Consumidor Financiero informarse sobre los productos o servicios que pensaba y que de accederse al traslado la actora se beneficiara de un régimen respecto del cual no cotizó en gran parte de su vida laboral; que no es dable ordenar a la demandada devolver los rendimientos, la comisión de administración, y el seguro previsional, toda vez que se tratan de prestaciones ya acaecidas, y que en virtud del principio de las restituciones mutuas no posible trasladar.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 18 de marzo de 2021, en la que **declaró la ineficacia del traslado** de la demandante al RAIS, por lo que condenó a PORVENIR S.A. a transferir a COLPENSIONES todos los valores contenidos en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos financieros y a COLPENSIONES a admitir el traslado de régimen pensional de la actora y a ACEPTAR los valores que remita PORVENIR S.A. Condenó en costas a PORVENIR S.A. en costas a favor del demandante.

En síntesis, refirió que conforme a jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia desde su fundación las administradoras de pensiones están obligadas a brindar a los usuarios la información transparente y necesaria para que los posibles afiliados puedan hacer juicios claros y objetivos acerca de los fondos de pensiones, y escoger las mejores opciones del mercado, según Ley 100 de 1993 y Estatuto Financiero; y que el

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-037-2019-00373 -01.

Demandante: **JANETH AMPARO MELO CASTRO.**

Demandado: **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y PORVENIR S.A.**

formulario de afiliación es insuficiente para determinar que se cumplió con el deber de información según jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, pues con este no se logra colegir que se suministró una debida información por parte de los fondos demandados; que la carga de acreditar que se suministró el deber de información recae en el fondo privado.

Explicó que se acogía a los salvamentos de voto expuestos por los magistrados Rigoberto Echeverri Bueno y Jorge Luis Quiroz Alemán en el sentido de que cada caso debe ser verificado de manera particular; que la accionante no era beneficiaria del régimen de transición, y que al momento de su afiliación únicamente contaba con 30 años y 64,43 semanas, por lo que no estaba frente a un derecho adquirido de pensión; que no obstante del interrogatorio de parte no se logra determinar que los fondos hubieran cumplido con el deber de información en los términos expuestos jurisprudencialmente; que las posteriores asesorías que recibió la demandante no tienen el alcance para establecer que al momento del traslado de régimen se cumplió con el deber de información.

Concluyó advirtiendo que la ineficacia de traslado es una declaración conexas al derecho a la seguridad social, derecho que es de rango constitucional y, por ende, imprescriptible; que no se demostró perjuicio alguno para que haya lugar estos; y que las costas estarán a cargo únicamente de PORVENIR S.A., último fondo al que estuvo afiliada la actora.

IV. RECURSO DE APELACIÓN.

COLPENSIONES indicó que al tenerse a la demandante en el régimen de prima media se afecta el principio de sostenibilidad financiera, pues los afiliados tienen obligaciones y el material probatorio da cuenta de que la actora conocía las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales; que aunado a lo anterior, la actora no podía ser rechazada del régimen que

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-037-2019-00373 -01.

Demandante: **JANETH AMPARO MELO CASTRO.**

Demandado: **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y PORVENIR S.A.**

eligiera, debía ser aceptada, y que el único descontento es el valor de la mesada, lo que no genera la ineficacia del traslado.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 07 de julio de 2021, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de COLFONDOS S.A., COLPENSIONES y PORVENIR S.A. para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es Colpensiones, se verificarán las condenas impuestas.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** se circunscribe a definir si deviene en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

INEFICACIA DEL TRASLADO.

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011. El *corpus argumentativo* construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo”, la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

De igual manera, atendiendo a las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al Régimen de Ahorro Individual, resulta claro que el Alto Tribunal ha optado, con inmodificable persistencia, por la vía de la ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

Frente al punto, es cierto que la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia no ha ahondado en disquisiciones sobre la noción misma de la ineficacia; a diferencia de la Sala Civil, que durante décadas ha debatido sobre los conceptos de nulidad absoluta, inexistencia e ineficacia, sin llegar a un acuerdo pleno,

Demandante: **JANETH AMPARO MELO CASTRO.**

Demandado: **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y PORVENIR S.A.**

al que tampoco han llegado los doctrinantes; no obstante, en punto al abordaje del tema a través de la ineficacia, debe decirse que la jurisprudencia del trabajo sí se ha explayado en razones para explicar, de un lado que (i) la vía adecuada sí es la de la ineficacia y del otro, (ii) cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un consentimiento informado, entendido como un procedimiento que garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019).

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838), la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, y los alcances de la ineficacia, entre otros.

a) Sobre el deber de información, en la sentencia citada quedó dicho:

“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

<u>Etapa acumulativa</u>	<u>Normas que obligan a las administradoras de pensiones información</u>	<u>Contenido mínimo y alcance del deber de información</u>
--------------------------	--	--

Demandante: **JANETH AMPARO MELO CASTRO.**

Demandado: **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y PORVENIR S.A.**

Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

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.

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado”.

Demandante: **JANETH AMPARO MELO CASTRO.**

Demandado: **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y PORVENIR S.A.**

b) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado, la ya referida SL1688-2019, Rad. 68838, explicó:

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

(...)

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

(...) 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.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna”.

c) En cuanto a la carga de la prueba: También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explicita así:

“...Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se

Demandante: **JANETH AMPARO MELO CASTRO.**

Demandado: **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y PORVENIR S.A.**

explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en desfavor de los consumidores financieros.

d) En cuanto al alcance de la ausencia del deber de información y de los nullos efectos que pueden generar las reasesorías posteriores, quedó dicho en la sentencia SL1688-2019, Rad. 68838, la cual se viene citando in-extenso que:

“Ahora, si bien la AFP brindó a la actora una reasesoría el 26 de noviembre de 2003, en virtud de la cual se concluyó la inconveniencia de continuar en Protección S.A., la Sala considera que este servicio no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones:

En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante con 15 años de cotización o servicios a 1. 0 de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado la demandante al día siguiente de la reasesoría, de todas formas ya había perdido la transición.

En segundo lugar, porque **la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad.** Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información (...). (Negrillas por la Sala).

e) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, la pluricitada sentencia SL 1688-2019, expuso:

“(…) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial (...) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que

Demandante: **JANETH AMPARO MELO CASTRO.**

Demandado: **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y PORVENIR S.A.**

en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.”

Aunado a lo anterior, en la sentencia SL1217-2021, la Sala de Casación Laboral indicó, **en relación con el derecho de retracto**, que el estudio de la procedencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional se debe circunscribir a establecer si el fondo de pensiones brindó al afiliado, en forma oportuna y suficiente, la información necesaria y transparente para sopesar las ventajas y desventajas entre uno y otro régimen al tomar su decisión de trasladarse, de ahí que no resulte necesario ni relevante, para de ser el caso acceder a la aludida declaratoria, determinar si aquel ejerció o no su derecho de retracto o de retornar al régimen de prima media con prestación definida; en ese sentido, precisó el máximo tribunal:

“3.¿Era necesario que la accionante ejerciera el derecho de retracto para obtener la declaración judicial que impetra?

(...)

Luego, lo que le correspondía al Tribunal dilucidar es si a la demandante se le brindó oportunamente la información necesaria y transparente que requería, para sopesar ventajas y desventajas de uno y otro régimen al momento de adoptar su decisión de trasladarse, no si con posterioridad al mismo ejerció o no el derecho a retornar al sistema público de pensiones.

Con otras palabras, si el juez de apelaciones hubiere entendido que la materia del litigio se circunscribió al consentimiento no informado para el cambio de régimen pensional, habría advertido, certeramente, los perjuicios que le ocasionó a la actora el cambio de régimen, en cuanto el traslado del sistema público de pensiones al privado le implicó la pérdida de los beneficios del régimen de transición. (...).”

De lo anterior puede concluirse que el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-037-2019-00373 -01.

Demandante: **JANETH AMPARO MELO CASTRO.**

Demandado: **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y PORVENIR S.A.**

entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, **sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional**, ni que hubiere ejercido el derecho de retracto, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

EL CASO CONCRETO.

Se encuentra probado en el expediente que: **i)** La demandante se encontraba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida a través del I.S.S., pues desde el 07 de diciembre de 1990 presenta aportes, según la historia laboral obrante en el medio óptico de folio 120; **ii)** Se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de PROTECCIÓN S.A., el 06 de mayo de 1994 (fl.271); **iii)** El 01 de septiembre de 1998 se trasladó a Colpatria Pensiones y Cesantías hoy PORVENIR S.A. (fl.123); el 30 de marzo de 2011 se trasladó a COLFONDOS S.A. (fls.86 y 87); el 04 de diciembre de 2012 se trasladó a Horizonte A.F.P. hoy PORVENIR S.A. (fls. 218); y **iv)** Solicitó retornar nuevamente al Régimen de Prima Media el 11 de febrero de 2019, ante COLPENSIONES, PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. pero le fue negada tal posibilidad por tales entidades (fls. 24 a 60 y 84 a 89).

A folio 271 se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 06 de mayo de 1994 con PROTECCIÓN S.A., el cual si bien consigna que la decisión se adoptó de forma libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-037-2019-00373 -01.

Demandante: **JANETH AMPARO MELO CASTRO.**

Demandado: **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y PORVENIR S.A.**

y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia¹.

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que la correspondiente AFP estaba en la libertad de usar cualquier medio probatorio de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio; omisión probatoria que no puede justificarse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, pues de ello no es viable derivar una confesión, al no lograrse evidenciar que conociera las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales; por tanto, no se considera dable que tales manifestaciones contengan consecuencias adversas para la ella, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Así mismo, no es posible tener en cuenta el interrogatorio de las representantes legales de COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. para tener por acreditado el cumplimiento del deber de información, recuérdese que la finalidad de este medio probatorio es lograr la confesión de la parte. Además, nadie puede constituir su propia prueba, tal y como lo ha dicho la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias SL2390-2020 y SL5109-2020.

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167: " *la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado*"

Demandante: **JANETH AMPARO MELO CASTRO.**

Demandado: **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y PORVENIR S.A.**

En cuanto a que **la demandante debía conocer la ley** o, en otras palabras, que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, si bien ello resulta acertado, la aplicación de dicho principio del derecho no descarta la obligación de las administradoras de fondos de pensiones de haberle brindado al afiliado la información clara, cierta y oportuna en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, lo cual tampoco se suple argumentando la negligencia de la actora al no haber indagado acerca de su derecho pensional o cumplir con el deber de informarse sobre el particular, pues como es sabido, cuando se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente, sobre estas recae principalmente dicho deber, en razón a que son las entidades financieras quienes, por su posición en el mercado, profesionalismo y control de tales operaciones, tienen ventaja frente al afiliado inexperto.

Frente a dicha sanción jurídica, ha de indicarse que la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ha dispuesto que la consecuencia de la afiliación desinformada es **la ineficacia** y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales; por tanto, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento, como lo es la coacción o presión, resulta errado.

En efecto en la citada sentencia SL 1688-2019, se señaló:

“(…) Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-037-2019-00373 -01.

Demandante: **JANETH AMPARO MELO CASTRO.**

Demandado: **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y PORVENIR S.A.**

encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.”

Por las razones anteriormente expuestas, la Sala encuentra acierto en la decisión del A Quo, por lo que **CONFIRMARÁ** la declaración de la ineficacia del acto de traslado de Amparo Melo Castro del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Por otra parte, y como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia de traslado, resulta consecuente ordenar el reconocimiento y pago de la totalidad de los rubros que recibió la AFP, tales como aportes, rendimientos y sumas adicionales. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

“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 esta 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.”

Y en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, mencionó:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-037-2019-00373 -01.

Demandante: **JANETH AMPARO MELO CASTRO.**

Demandado: **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y PORVENIR S.A.**

rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Finalmente, en la sentencia SL2877-2020, Rad. 78667, indicó:

“(…) Entonces, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado *ineficaz*, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

[...]. De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las *restituciones mutuas* contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

[...]. Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implican dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; [...].

Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

[...]. De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones”.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse los porcentajes por concepto de rendimientos al hacer

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-037-2019-00373 -01.

Demandante: **JANETH AMPARO MELO CASTRO.**

Demandado: **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y PORVENIR S.A.**

parte de la cuenta de ahorro individual de la actora, incluyendo los gastos de administración que se hubieren cobrado debidamente indexados, sin que sea posible que la demandada haga descuentos por comisiones o seguros de invalidez o muerte, pues al existir una conducta indebida de la administradora, ésta debe asumir tal rubro a cargo de su propio patrimonio.

Lo dicho, por cuanto los montos aludidos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social y con ellos se financiará la pensión de la accionante, por lo que en aras de preservar la financiación de tal prestación y en virtud del grado jurisdiccional de Consulta que le asiste a COLPENSIONES, considera la Sala necesario **MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia**, en el sentido de **ADICIONAR** que dentro de los valores que debe trasladar PORVENIR S.A., a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, se encuentran los **gastos de administración debidamente indexados**, recuérdese que en virtud de la ineficacia de traslado, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, tal como lo dijo la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050.

Por las mismas razones, se **REVOCARÁ el numeral quinto** de la sentencia y, en su lugar, se dispondrá que PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. reconozcan y paguen los gastos de administración que le fueron sufragados a su favor por parte de la accionante debidamente indexados, los que deberán ser recibidos por COLPENSIONES, máxime si se tiene en cuenta que en la sentencia SL2877-2020, antes aludida, al referirse a los gastos de administración dispuso que *“la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional”*.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-037-2019-00373 -01.

Demandante: **JANETH AMPARO MELO CASTRO.**

Demandado: **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y PORVENIR S.A.**

Al punto, se aclara que se impone la condena de que los gastos de administración se deberán trasladar debidamente indexados, como quiera que se hace necesaria la actualización de tales valores, reajuste que se encuentra acorde a lo dispuesto en la sentencia SL1689-2019, en la que se dispuso igual condena, y tal como se ha venido realizando en pronunciamientos más recientes, como el contenido en las providencias SL3199-2021, SL4192-2021, SL3871-2021, entre otras.

Igualmente, debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad financiera**, tal como ya lo estudio la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, en la sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, según la cual, las AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, 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, los cuales asumen los cargas que tiene que se adjudica al accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

En lo que respecta a la excepción de **prescripción**, se tiene que la acción que en esta ocasión se estudia no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta improcedente someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado, tal como lo advirtió la Corte en la citada sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, en la que dijo: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es*

Demandante: **JANETH AMPARO MELO CASTRO.**

Demandado: **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y PORVENIR S.A.**

imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción».

La misma lógica considera la Sala, se aplica a la prescripción de los gastos de administración, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL1689-2019 y SL687-2021).

Sin costas en esta instancia, por cuanto COLPENSIONES, único impugnante, no participó en el acto de traslado de la señora Janeth Amparo Melo Castro.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E:

PRIMERO. – MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia, en el sentido de ADICIONAR que dentro de los valores que debe trasladar PORVENIR S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de JANETH AMPARO MELO CASTRO, se encuentran los **gastos de administración,** los que se deberán reconocer debidamente **indexados.**

SEGUNDO. – REVOCAR el numeral quinto de la sentencia. En su lugar, se CONDENAN a **COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A.** a reconocer y pagar los **gastos de administración** que

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-037-2019-00373 -01.

Demandante: **JANETH AMPARO MELO CASTRO.**

Demandado: **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y PORVENIR S.A.**

fueron sufragados a su favor por parte de JANETH AMPARO MELO CASTRO, debidamente **indexados**, los que deberán ser recibidos por COLPENSIONES.

TERCERO. – CONFIRMAR en lo demás la sentencia.

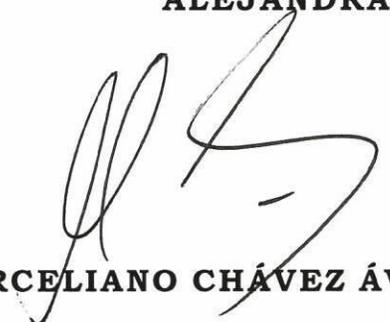
CUARTO. – Sin costas en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

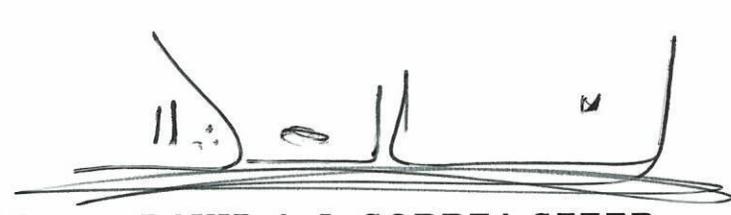
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

Aclaro Voto !