



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C. – SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por GUSTAVO VEGA OROZCO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A. Rad. 110013105-002-2019-00206-01.

En la fecha, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral previa la deliberación correspondiente al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación presentado por la apoderada de la parte demandada, COLPENSIONES, contra la sentencia proferida por el Juzgado 02 Laboral del Circuito de Bogotá, el 09 de noviembre del 2021. De igual manera, se revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

El señor **GUSTAVO VEGA OROZCO** presentó demanda ordinaria laboral en la que pretende se declare la nulidad de su afiliación al Régimen de Ahorro Individual -RAIS, administrado por COLFONDOS el 30 de enero de 2004. En consecuencia, se ordene a COLFONDOS a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de lo ahorrado por el demandante en su cuenta de ahorro individual, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos los rendimientos, gastos de administración que le hubieren sido descontados y demás valores causados con motivo de su afiliación de conformidad con el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que hubieren causado sin descuento por el pago de las mesadas pensionales que sean efectuadas en el curso del proceso. Se ordene a

COLPENSIONES recibir, sin dilación alguna, al demandante en el régimen de prima media junto con la totalidad de los ahorros de la demandante que COLFONDOS traslade a dicha administradora y actualice su historia laboral una vez efectuado su retorno a dicha entidad con el fin de garantizar su derecho pensional bajo el RPMPD. Por último, petitionó que se condene a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho, más lo ultra y extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, informó haber efectuado aportes al Instituto de Seguros Sociales desde el 26 de junio de 1989 hasta el 15 de julio de 1997 según consta en la historia laboral válida para bono expedido por el Ministerio de Hacienda. Que a través del formulario de 30 de enero de 2004, se afilió al RAIS administrado por COLFONDOS, precisando que previo a ello, el asesor de COLFONDOS le informó que en este fondo él se podría pensionar a la edad que quisiera, es decir, no tendría que esperar hasta la edad de pensión que se exigía en el RPMPD; que en el RAIS se pensionaría con un monto más alto al que le correspondería en el RPMPD; el ISS se liquidaría por lo cual sus afiliados debían trasladarse a una AFP privada, pues de lo contrario, no se pensionarían nunca ya que perderían las semanas allí cotizadas. Que, en este fondo, ha efectuado aportes desde abril de 2004 hasta la fecha. Agregó que COLFONDOS jamás informó cuáles eran las condiciones específicas que debía cumplir para disfrutar de su pensión en dicho fondo, tampoco presentó una proyección acerca de cuál sería el monto de su mesada pensional en caso de afiliarse al RAIS administrado por dicha entidad, así como tampoco le hizo una proyección acerca de cuál sería su monto de pensión si permaneciera afiliado al RPMPD. Por lo anterior, su afiliación inicial al RAIS, así como su permanencia en el mismo no fue producto del suministro de información cierta, completa, veraz e imparcial por parte de dichas administradoras, sino que fue impulsada por las omisiones en la información que le debía ser puesta en consideración al momento previo a la afiliación. En ese sentido, afirmó haber agotado la reclamación administrativa ante COLPENSIONES el 23 de febrero de 2019 (Expediente Digital: 01. EXPEDIENTE FÍSICO, Págs. 3 a 21).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, toda vez que en virtud de las pruebas arrimadas al proceso se evidencia que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RAIS al suscribir de manera voluntaria, consciente y sin presiones el formulario de afiliación a la AFP

COLFONDOS S.A. donde actualmente se encuentra afiliado, ratificando su decisión de haberse trasladado de régimen pensional. Agregó que la parte actora se encuentra inmersa en la prohibición legal que preceptúa el artículo 2° de la Ley 797 de 2003. Propuso como excepciones de mérito las de «inexistencia de la obligación», «Excepción de error de derecho no vicia el consentimiento», «Buena fe», «prescripción» e «innominada o genérica» (Expediente Digital: 01. EXPEDIENTE FÍSICO.pdf, Págs. 67 a 81).

Por su parte, la **AFP COLFONDOS S.A.** contestó la demanda oponiéndose parcialmente a las pretensiones incoadas en su nombre por considerar que teniendo en cuenta que para la fecha del traslado del demandante, la asesoría a los potenciales afiliados se realizaba de manera presencial y verbal, en las cuales se le indicaba las características del régimen general de pensiones, ventajas y desventajas, en razón de que ambos regímenes pensionales – RPMPD y RAIS, ofrecen ventajas, beneficios, bondades y desventajas a sus afiliados, señaló que los asesores de COLFONDOS están capacitados para presentar a los potenciales afiliados las características de ambos regímenes y entregar información objetiva al demandante sobre el RAIS y su comparación con el RPM, entre ellos cálculos comparados que le permitían entender las condiciones pensionales que tenía al igual que información sobre las características, ventajas y desventajas del RAIS decidiendo este tomar de manera libre y espontánea su decisión de cambio. En consecuencia, dijo no ser cierto que COLFONDOS o sus representantes comerciales hayan omitido información al demandante antes de que firmara su afiliación y en razón de que no se dejaba soporte escrito de la asesoría, más allá del formulario de afiliación donde se plasmaba la voluntad del potencial afiliado de vincularse libremente haciendo uso de su derecho de libre escogencia de régimen y de administradora de fondo de pensiones. Propuso como excepciones de fondo las de «buena fe», «innominada o genérica» y «compensación y pago» (Expediente Digital: 04. *Subsanación Contestación Demanda Colfondos 20210602*).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 02 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 09 de noviembre de 2021, declaró la ineficacia del traslado realizado por el accionante a COLFONDOS S.A. el 30 de enero de 2004 de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de este proveído. Condenó a COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES dentro de los 45 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación del accionante tales

como cotizaciones, bonos pensionales con todos sus frutos e intereses, esto es, los rendimientos que se hubiesen causado y gastos de administración sin lugar a descuento alguno. Ordenó a COLPENSIONES a aceptar dichos valores y tener como válida la afiliación efectuada por el demandante el 26 de junio de 1989 por lo que deberá incluir dicha información en sus bases de datos y sistemas de la historia laboral y demás información necesaria para la obtención de su pensión a futuro del demandante en el RPMPD una vez se encuentre ejecutoriado el fallo. Condenó en costas a la parte accionada COLFONDOS S.A.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, señaló que, con base en la evolución de la normativa laboral, se han definido tres etapas para establecer el deber de información que está a cargo de las AFP, inicialmente, el deber de información que va desde 1993 a 2009, posteriormente el deber de información y buen consejo de 2009 a 2014 y finalmente el deber de información, buen consejo y doble asesoría a partir del 2014 en adelante, lo cual es analizado en la jurisprudencia laboral, explicó que allí se dejó consignado el alcance y contenido mínimo de dicho deber, anotó que, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha precisado que en el campo de la Seguridad Social existe un ineludible deber de tener un consentimiento informado que garantice que un usuario antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de la afiliación al régimen, es decir, que ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna, agregó que la Alta Corporación, ha reiterado que, procede la declaratoria de ineficacia de la afiliación o traslado al RAIS, cuando los fondos incumplen con el deber de información que debe incluir los aspectos favorables y desfavorables del cambio de régimen, las proyecciones de las prestaciones y el capital necesario para obtenerlas en cada uno de ellas sin que fuera válido alegar la firma del formulario del afiliado como prueba de este, aclaró que como consecuencia de la declaratoria de ineficacia, el fondo privado debe devolver aportes a pensión, rendimientos financieros, gastos de administración y demás emolumentos al ISS, hoy COLPENSIONES, debiendo asumir los efectos negativos que tiene el afiliado. Recordó que la jurisprudencia ha entendido que la expresión «libre y voluntaria» del literal b, art. 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento sobre lo cual solo es alcanzable cuando se sabe a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole, resaltó que, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las diferentes opciones posibles del mercado que se ajuste a sus intereses. Advirtió que, una vez revisadas las pruebas allegadas al plenario se pudo establecer que se hubiere brindado información suficiente al

momento de realizar su traslado, por lo que concluyó que la AFP COLFONDOS, omitió en el momento del traslado de régimen el deber de información con el accionante, pues no comunicó las condiciones que debía cumplir para dicha expectativa y las consecuencias derivadas del cambio de régimen, por lo cual señaló que ello deriva en la nulidad del traslado realizado con las respectivas consecuencias.

RECURSO DE APELACIÓN

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** presentó recurso de apelación frente a la decisión de primera instancia argumentando para tal efecto, que la carga probatoria la tiene es la parte demandante conforme a una adecuada apreciación del artículo 1604 del C.C., teniendo en cuenta en cuenta, respecto a esos efectos jurídicos, los efectos bilaterales como el silencio del consumidor financiero y sus deberes, no tenidos cuenta a la hora de proferir el fallo, así como la afiliación tácita que ya se ha mencionado en la sentencia CSJ SL-2810 de 2019. Anotó que, pese a que no se pudo constituir actos de relacionamiento, en el dicho del demandante en el interrogatorio, manifiesta que incluso se iba a pensionar en COLFONDOS y que 5 años antes de la presentación de la demanda, se dio cuenta que el monto de la mesada pensional iba a ser distinto, por lo tanto, siempre estuvo consciente de que estaba afiliado en COLFONDOS, que recibía extractos y que se iba a pensionar era en la respectiva AFP como hizo mención en su oportunidad, cosa que no se tuvo en cuenta a la hora de proferir la decisión estudiando el caso concreto. De igual manera, nunca manifestó que no se le brindó información, manifestó que se le brindó una información para el año 2004 que fue de manera verbal y efectivamente acreditó ciertas particularidades de esa asesoría y es que efectivamente no recuerda si diligenció o no el formulario, no recuerda si le hablaron de rendimientos o no. Lo cierto era que se le había informado en esa oportunidad y ese conocimiento lo llevó a convencerse de pensionarse con esa AFP. Reprochó lo relativo a que en la sentencia se manifiesta de que no se va a descapitalizar el sistema porque se van a trasladar los recursos; no obstante, sostiene que cierto es que estudiar o verificar como es la forma como se subsidian esos reconocimientos de pensiones en el RPMPD y en el sentido en que no solamente es de esos aportes, de esos recursos ahorrados de manera obligatoria de todos los otros afiliados del esquema, sino también de unos aportes que realiza el gobierno a favor de dicho recurso; precisando que las declaraciones de ineficacia la solicitan justamente cuando ya están inmersos en una prohibición legal, esto es, que están próximos al reconocimiento pensional por temas de edad y semanas cotizadas, entendiéndose de ello, es que se van a beneficiar de esos recursos ahorrados de

manera obligatoria por los otros afiliados. Precisó que lo que prima es el interés general sobre el particular y en esta oportunidad se ve afectado el interés general que son todos los afiliados a este esquema que han venido subsidiando y ahorrando en el RPMPD y la declaración injustificada por falta de información. Estimando frente a este punto, que efectivamente si se brindó una asesoría precontractual y que el formulario a pesar de que no es un prueba idónea para establecer de que se le brindó una información clara, necesaria y oportuna, si es una prueba que debe ser valorada en conjunto conforme al dicho del demandante de que se le brindó una asesoría por parte de un asesor de COLFONDOS y que efectivamente se realizó ese traslado libre y voluntario. Indicó que imponer cargas adicionales a las previstas en las leyes para las épocas constituye un perjuicio para el fondo y también para el RPMPD, quien tiene que asumir al demandante como afiliado al RPMPD generando y quebrantando esa seguridad jurídica, pues en lo que se basa el juez es en supuesto y no la realidad de que efectivamente si hubo una asesoría y para la época del traslado en el año 2004, no existía una obligación de que la asesoría fuese de manera escrita o que se genere una prueba tendiente a demostrar ese acto que genera unos efectos jurídicos como es el formulario de afiliación. Advirtió que no era posible hablar de ventajas y desventajas de los regímenes pues se estaría diciendo que mal obró el legislador a la hora de regular cada uno de ellos, quebrantándose el principio de igualdad. Agregó que la única información que se le debe brindar al afiliado, era la forma como se financiarían sus recursos, lo que se encuentra de igual manera enmarcada en normativas que son de conocimiento para todos los ciudadanos de Colombia. Por todo lo anterior y existiendo una previsión legal, solicitó que se revoque la decisión y se tome una nueva tesis haciendo un estudio exhaustivo de cada uno de los argumentos expuestos.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la parte demandada, COLPENSIONES, presentó alegatos de conclusión en similares términos a los de la alzada solicitando revocar la sentencia en todas sus partes y como consecuencia se le absuelva de todas y cada una de las pretensiones incoadas por el actor. La parte demandante, su turno, solicitó la confirmación de la decisión. Colfondos guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la

ineficacia de la afiliación del demandante en el RAIS con ocasión al incumplimiento del deber de información y, en tal sentido, de salir adelante, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias CSJ SL2208-2021, SL2209-2021, SL5174-2021, CSJ SL5205-2021, SL5188-2021, SL5280-2021, SL4865-2021, en entre otras, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que en los procesos judiciales en los que se ventila la nulidad y/o ineficacia de traslado de régimen pensional, la carga de la prueba se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, las cuales deben acreditar la debida y oportuna información a los afiliados, lo cual constituye doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001 y dada la nueva composición de la Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia viene manteniendo este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, la decisión sobre esta problemática se adoptará conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002¹.

En el expediente digital obra copia de la cedula de ciudadanía del demandante, donde se registra como fecha de nacimiento de la parte actora el 30 de octubre de 1960 (01. Expediente 2019-206 Completo foliado 18 de mayo de 2021.pdf. Pág. 41), por lo que la edad de 62 años, la cumplirá el mismo día y mes del año 2022, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante

¹ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez", y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".

COLPENSIONES día 25 de febrero de 2019 (Págs. 29 y 30), es decir, cuando evidentemente ya estaba a menos de diez años para adquirir el derecho y, de otra parte, no contaba con 15 años de servicios cotizados para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos contaba con 248,43 semanas de cotización aproximadas al ISS (Págs. 83 a 90), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 30 de enero de 2.004 (Pág. 42), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a la AFP COLFONDOS.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de casación referidas que, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información íntegra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

En este escenario, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado COLFONDOS.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen la accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a la demandante, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (Pág. 42), plasmado en el formulario de afiliación a la AFP COLFONDOS, éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada COLFONDOS. Desde luego que en el interrogatorio de parte la parte accionante no confesó que en ese momento se le haya brindado la información necesaria al de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional y aunque haya asegurado

haber firmado dicho formulario sin presiones, o conocer algunas características del RAIS, lo cierto es que no confesó que al momento de afiliarse (que es lo que se revisa en esta clase de procesos), le hayan dado información en los términos expuestos.

Así, conforme a las sentencias ya referidas, la AFP demandada COLFONDOS S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (30 de enero de 2004, pág. 42), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado previamente ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de las cuotas de administración, como de los rendimientos, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, por cuanto la orden impartida fue para las sumas que se encuentren en la actualidad en la cuenta de la actora, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornados de manera íntegra al Régimen de Prima Media, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

De igual forma, no tiene incidencia alguna la financiación del sistema o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, como ya se indicó, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante, aunado a ello, la sostenibilidad del sistema pensional no es objeto de debate en el caso de marras y escapa de la órbita de la competencia de la jurisdicción laboral.

Recientemente el Alto Tribunal, en las sentencias CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021 del 26 de mayo de 2021, reiteró, con relación a las consecuencias de la ineficacia y

la devolución de los gastos de administración que *«en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima».*

En la misma dirección se debe señalar, tampoco es relevante que el actor no sea beneficiario del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicios cotizados antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar al demandante cuando se trasladó de régimen; precisándose que los argumentos expuestos por la apelante no tienen la entidad suficiente para modificar el criterio expuesto, que desde luego se encuentra basado en la doctrina probable que actualmente marca el Alto Tribunal al respecto.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional de la demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisorio en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como CSJ SL1421-2019, así como las ya mencionadas CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021.

En ese sentido, se **confirmará** la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

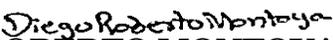
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.


RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C. – SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022)

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por LUIS CARLOS PINZÓN LOVERA contra AQUILES S.A. Rad. 110013105-008-2019-00873-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, el día 07 de octubre de 2021.

ANTECEDENTES

El señor **LUIS CARLOS PINZÓN LOVERA** instauró demanda ordinaria laboral con la finalidad de que se declare que existió un contrato de trabajo desde el día 09 de julio de 2014 al 30 de diciembre de 2016, con las empresas INDUSTRIAS AQUILES S.A.S., HONGWEI S.A.S. y Q2I S.A.S., devengando para esta última fecha un salario diario de \$185.000. Se declare que las accionadas tenían a cargo la comercialización y distribución de la marca de calzado AQUILES, en donde ejercía las funciones de conductor de transporte y entrega de mercancía, asimismo, se declare que no le fueron pagadas las prestaciones sociales durante la vigencia de la relación laboral, y que además el contrato de trabajo terminó sin justa causa, por lo que las empresas INDUSTRIAS AQUILES S.A.S., HONGWEI S.A.S. y Q2I S.A.S., son responsables del pago de su indemnización. Como consecuencia de las anteriores declaraciones, solicitó se condene a las accionadas al pago de las prestaciones sociales durante la vigencia del contrato de trabajo y las vacaciones

respectivas, a la indemnización por despido sin justa causa, a la indemnización por falta de consignación de cesantías correspondiente a los periodos 31 de diciembre de 2014 y 2015 hasta la fecha de finalización del contrato de trabajo, a los intereses de mora sobre las condenas impuestas hasta la fecha de su pago, al pago de la sanción moratoria establecida en el artículo 65 del CST, a partir de la fecha 30 de diciembre de 2016 y por último, se condene a todo lo probado ultra y extrapetita, así como al pago de costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que el día 09 de julio de 2014, fue contratado por INDUSTRIAS AQUILES S.A.S., HONGWEI S.A.S. y Q21 S.A.S., para desempeñar la labor de transporte de mercancías correspondiente a calzado fabricado por INDUSTRIAS AQUILES S.A.S. a diferentes establecimientos de comercio de propiedad de las empresas INDUSTRIAS AQUILES S.A.S., HONGWEI S.A.S. y Q21 S.A.S., para tal fin, las demandadas expedían planillas de transporte denominadas «Despacho Línea», diligenciadas por los establecimientos de comercio y posteriormente entregadas al realizar la entrega de dichos productos en los establecimientos de comercio. Afirmó que cumplió un horario de trabajo de 7 a.m. a 5 p.m. de lunes a sábado, y en algunas ocasiones laboró los días domingo, de igual modo. Mencionó que las demandadas designaban un auxiliar de apoyo para la ejecución de las funciones; que los despachos se programaban desde las 7 a.m., y debía esperar la asignación por parte del director operativo de las empresas INDUSTRIAS AQUILES S.A.S., HONGWEI S.A.S. y Q21 S.A.S. Agregó que, de no presentarse a laborar era suspendido entre 2 y 3 días; que, luego de entregar y contar cada uno de los elementos suministrados en los establecimientos de comercio, solicitaba al personal responsable de cada local su recepción, y, una vez finalizada su labor, devolvía la planilla de trabajo a la empresa, con el fin de que procediera el despacho del siguiente día, luego, le eran reconocidos \$185.000 diarios, una vez presentadas las cuentas de cobro a INDUSTRIAS AQUILES S.A.S., HONGWEI S.A.S. y Q21 S.A.S. Afirmó que debía visitar entre 5 y 12 tiendas conforme al sector asignado, y así responder por la mercancía asignada, conforme a las instrucciones suministradas por las empresas demandadas, a su vez, advirtió que la empresa no reconoció el pago de gasolina, transporte, ni de dotación para realizar su labor, pues ello era incluido en su salario. Finalmente mencionó que el 30 de diciembre de 2016, las empresas demandadas le informaron la terminación de su contrato laboral sin pagarle liquidación de prestaciones sociales ni las prestaciones reclamadas. (Fls. 02 a 15).

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Las demandadas **HONGWEI S.A.S.**, **Q21 S.A.S.** y **AQUILES** contestaron la demanda en los mismos términos, con oposición a todas y cada de las pretensiones, argumentando que para la celebración del contrato transporte no se requiere solemnidad alguna, como lo establece el Código de Comercio en su artículo 981. Asimismo, hicieron referencia al artículo 982 del mismo Código considerando que el demandante prestó el servicio de transporte por contar con el vehículo para poder celebrar dicha clase de contrato, por lo cual, estimaron que no se prestaron los servicios como trabajador, al no existir los elementos para que se configure un contrato laboral; contrario a ello, adujeron que el contrato que se celebró fue de transporte. Por último, indicaron que al ejercer la labor el actor era autónomo. Formularon como excepciones de fondo las de «falta de causa y título para pedir», «inexistencia de las obligaciones demandadas», «prescripción» y «pago». (Fls. 1133 a 1141).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el día 07 de octubre de 2021, absolvió a las demandadas **INDUSTRIAS AQUILES S.A.S.**, **HONGWEI S.A.S.** y **Q21 S.A.S.** de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, declaró probadas las excepciones de falta de causa y título para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas y condenó en costas a cargo del demandante.

Para arribar a la anterior decisión, en síntesis, señaló que, en los juicios del trabajo no tiene importancia la denominación que las partes le asignen al contrato de trabajo ni que se haya regido por estipulaciones especiales, pues lo que configura un contrato de trabajo es la forma como se ejecuta la prestación, como se encuentra establecido en el artículo 53 de la Constitución Política. Explicó que, respecto de la primacía de la realidad y en concordancia con la Sentencia 32701 de la SCL de la CSJ, en uso de la presunción del artículo 24 del CST, cuando queda plenamente demostrada la prestación personal del servicio en favor del demandado se presume deriva de un vínculo laboral, trasladándose la carga de la prueba a la parte demandada, así pues, una vez realizado el análisis del acervo probatorio, halló acreditada la prestación personal del servicio por parte del actor en favor de las sociedades demandadas por lo confesado por las mismas, y por lo evidenciado en las cuentas de cobro y planillas de despacho encontrándose cobijado de la presunción del artículo 24 del CST, lo que trasladó la carga de la prueba en cabeza

del extremo pasivo. Adujo que los testimonios de los señores William Solano Pedraza, Joaquín Antonio Amado Giraldo, Maryori Marín Vargas y Jair Fernando Gaitán Álvarez, gozaron de plena credibilidad, y que, estudiado todo el acervo probatorio y existiendo la prestación personal del servicio por parte del accionante en favor de la pasiva, la presunción legal emanada de la prestación fue desvirtuada, al no evidenciar la configuración de subordinación, habida cuenta de que la actividad del accionante consistió en el transporte de mercancía producida por INDUSTRIAS AQUILES S.A.S y comercializada por Q21 S.A.S y HONGWEI S.A.S., la cual se llevó a cabo de manera autónoma e independiente, sin que en el desarrollo de la misma se encontrara sujeto al cumplimiento del obediencia por parte de las accionadas o alguna directriz de cómo debería ejecutar su labor, además de ello, el demandante no se encontraba obligado a cumplir una jornada laboral impuesta por alguna de las demandas, ya que según lo declarado, a pesar de que le fueron repartidas planillas con la asignación de rutas a realizar, no le fue impuesto un horario de repartición y mucho menos debió regresar a las bodegas al terminar la actividad. Manifestó que, aún probada la concurrencia permanente del actor al centro de distribución de AQUILES S.A.S., así como a Q21 S.A.S. y HONGWEI S.A.S., ello no indica algún tipo de subordinación, en tanto que ello obedeció a la iniciativa del accionante, estando sus honorarios ligados al servicio de transporte que prestara cada día, y por tanto, no conllevando consecuencia o sanción alguna en su contra de no haber sido así, finalmente, denotó que el vehículo en el cual el accionante distribuía los zapatos marca AQUILES S.A.S. era de su propiedad, lo que corroboró que él era quien se hacía cargo de los gastos del automotor, reforzando el argumento que no existió una continua y subordinada prestación del servicio.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de parte actora, presentó recurso de apelación, argumentando para tal efecto que, frente a los modos en los que se ejecuta una labor de trabajo, la jurisprudencia y el CST no exceptúan la posibilidad de que un trabajador asigne su propio vehículo para ejecutar su función, de manera que al demandante se le asignaba un valor para poder ejecutar su función, entre estos, la gasolina. Explicó que se dieron los supuestos de un contrato realidad, pues de acuerdo a la subordinación o dependencia, al trabajador se le solicitaba todos los días presentarse a la empresa para la recolección de los elementos que produce AQUILES S.A.S, asimismo, no encontró probado que el accionante nunca faltó a su horario laboral establecido para ejecutar la recolección y transporte de los elementos, por lo que no estimó coherente afirmar que si el actor nunca faltó a su trabajo no había consecuencia por ello, pues tal situación no se encontró demostrada, aunado a que

la concurrencia en el registro de las planillas de recepción dieron cuenta del cumplimiento del horario, y así le eran dadas instrucciones para el transporte de la mercancía. En definitiva, concluyó que el demandante está dentro de la cadena de suministro de AQUILES S.A.S., por lo que además solicitó declarar la sanción moratoria al existir mala fe en la contratación.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el accionante presentó alegatos de conclusión en similares términos a los expuestos en el libelo de alegación. De otro lado, los demandados guardaron silencio.

PROBLEMAS JURÍDICOS

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Sala de Decisión en los precisos términos del artículo 66A del CPTSS, establecer la procedencia o no de la existencia de un contrato de trabajo del demandante con los accionados, en atención al principio de la primacía de la realidad sobre las formas. En caso de hallarse probado el contrato de trabajo, establecer si son procedentes las condenas solicitadas.

CONSIDERACIONES

Con el ánimo de resolver el problema jurídico planteado, recordemos que el artículo 22 del C.S.T. define el contrato de trabajo como aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. A su vez, el artículo 23 ibídem determina los elementos del contrato de trabajo, ellos son la actividad personal, la continuada subordinación o cumplimiento de órdenes, y un salario como retribución del servicio. Reunidos los citados elementos, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

Por su parte, el artículo 24 de la misma obra, consagra una presunción legal, según la cual «*toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo*», y la consecuencia de su aplicación, no es otra que la inversión de la carga de la

prueba, es decir, una vez demostrada por la parte actora la prestación personal del servicio en favor de la parte demandada, dentro de unos determinados extremos temporales, le incumbe al presunto empleador desvirtuar la existencia del vínculo presumido, a través de los medios probatorios legalmente establecidos, esto es, probar que dicha prestación de servicios no fue subordinada ni dependiente, con el fin de desligarse de una eventual condena por las acreencias laborales que allí se deriven (CSJ, sentencias SL670-2013, SL10546-2014, SL10118-2015 entre muchas otras).

Es preciso señalar que, como es bien sabido y según el principio de la carga probatoria, corresponde a quien es demandado en calidad de empleador por incumplimiento de obligaciones que se le endilgan a su cargo, contraprobar las omisiones que niega, las que, al no desvirtuar, se dan por ciertas. De igual forma, los hechos declarados que no tengan esta característica de negaciones indefinidas son susceptibles de probarse por quien los interpela y que al hacerlo asume tal carga, por lo cual deviene la lógica previsión legal, según la cual, las partes deben acreditar los supuestos de hecho de los efectos jurídicos que persiguen.

Así las cosas, se proceden a analizar los medios de prueba legalmente incorporados al proceso, de manera conjunta y dándole el valor que cada uno merece conforme a los principios de la sana crítica, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 61 del CPTSS.

En primer lugar, del interrogatorio a la señora **PAOLA RODRIGUEZ**, en su calidad de representante legal de HONGWEI S.A.S, esta aclaró que la empresa no es productora de calzado sino simplemente una comercializadora, que para el caso, el único proveedor es AQUILES S.A.S., sin embargo, esta última comercializa varias marcas de calzado, por lo cual en las tiendas de HONGWEI S.A.S. aparecen los logos de la marca AQUILES S.A.S. Informó que el transporte de la mercancía se realiza a través de contrato por prestación de servicios, no obstante, manifestó desconocer el procedimiento para poder despachar el producto, agregó que en el día, el encargado de despachar la mercancía puede visitar varias tiendas dependiendo de la programación. Recordó que las mercancías eran recibidas hacia las 8-9 am hasta finalizar la labor, de lunes a sábado, expresó desconocer con precisión los contratos de transportista, pero manifestó que luego de la pandemia fue contratado un solo conductor, finalmente relató que la diferencia entre el transportista y el auxiliar encargado para llevar a cabo el transporte de la mercancía era que este último estaba

respaldado por un contrato de trabajo y especificó que HONGWEI S.A.S. nunca ha suscrito un contrato con el demandante.

Por su parte, el señor **CEFERINO MORENO**, representante legal de Q21 S.A.S., informó que los puntos de venta que comercializan productos de AQUILES S.A.S. acordaron el derecho a colocar la denominación de la marca en el aviso, advirtió que AQUILES S.A.S. es fabricante de calzado y le provee a varias compañías como HONGWEI S.A.S. y Q21 S.A.S., pero la razón social es independiente y no tienen participación accionaria alguna con HONGWEI S.A.S. Manifestó que hasta el año 2016 Q21 S.A.S. pagaba un flete a sus transportistas y luego de ese año, la compañía adquirió unos vehículos y desde allí ya tenían camiones propios y conductores vinculados por medio de contratos de prestación de servicios hasta los inicios de la pandemia. A su vez, recalcó que si bien la actividad ahora es la misma, los modos son diferentes, pues al tener sus propios conductores, estos se ciñen al contrato de trabajo en sí. Manifestó que la labor del demandante era la de transportar mercancía desde el año 2012 aproximadamente hasta 2016, siendo responsable de la misma y no estando condicionado a una jornada laboral, sin embargo, no recuerda el monto de remuneración del actor; de la misma manera, comentó que la empresa adjudicaba a los transportistas un auxiliar para realizar la labor, el cual no era contratado por Q21 S.A.S sino por una compañía temporal.

Del interrogatorio de parte al demandante **LUIS CARLOS PINZÓN LOVERA**, se pudo determinar que el vehículo que conducía era de su propiedad, por lo cual los gastos que le generaban le tocaba sufragarlos a él mismo. Informó que pasaba cuentas de cobro a HONGWEI S.A.S. y Q21 S.A.S. a través de su jefe inmediato del momento, por el transporte de las mercancías que se realizaba de lunes a sábado de 7am a 5pm a los puntos a venta de AQUILES S.A.S., como esta última le señalaba, pese a que no suscribió algún documento o contrato con las demandadas. Dijo que en una ocasión su carro sufrió un problema mecánico y de su dinero propio contrató otro furgón para cumplir con su labor; por último, especificó que no transportaba la mercancía a un sector específico sino era un modelo rotativo.

Respecto a la prueba testimonial, la rendida por el señor **JOAQUIN ANTONIO AMADO**, se manifestó que trabajó en AQUILES S.A.S. desde enero de 2004 a enero de 2017 siendo el encargado de recoger las consignaciones de cada almacén, de gestionar el recibo, cambio y la entrega de los calzados con defecto, cambios, a través de su vehículo propio. Señaló que no firmó ningún cargo para desempeñar esas funciones, simplemente acordó su horario y funciones con AQUILES S.A.S., pues

aseguró desconocer HONGWEI S.A.S. y Q21 S.A.S. Mencionó que conoció al actor en la zona de carga, que el accionante era el encargado de transportar la producción a los almacenes en una camioneta de su propiedad, desde las 7am hasta que finalizara su labor, en algunas oportunidades junto con un auxiliar; informó que AQUILES S.A.S. era quien le remuneraba los servicios al demandante a través de un banco, dado que así era como le pagaba AQUILES S.A.S. a sus trabajadores. Indicó desconocer aspectos precisos de la relación laboral del accionante, pues el área donde trabajó era la administrativa, no obstante detalló que le consta que el demandante tuvo que trabajar varios domingos. Especificó que no tenía que timbrar tarjeta al momento de llegada sino simplemente presentarse, añadió que supo que el accionante tenía una remuneración de \$185.000 diarios porque comentaban tal situación, del mismo modo, recordó que los servicios se dejaron de prestar en diciembre de 2016 porque la empresa para ese momento adquirió sus propios vehículos.

La testigo **MARYORY MARIN**, explicó que trabajó como coordinadora de Vialabor, empresa temporal que prestó servicios para usuarias diferentes a las accionadas como Stan Smith, por lo que dichas temporales no tenían vínculo alguno con el demandante, comentó que el accionante no estuvo contratado con la empresa temporal donde ella laboraba y los distribuidores no tenían personal a cargo, sin embargo, le consta que la empresa a la cual prestaba el servicio le exigía al actor soportes de su seguridad social, recordó que conoció a este último porque prestaba el servicio de transporte con su carro a las comercializadoras Q21 S.A.S. y HONGWEI S.A.S. quienes pagaban por estos servicios, pero que no había un horario fijo, puesto que INDUSTRIAS AQUILES S.A.S. no contrataba, y, por lo tanto, no tenía personal a cargo; agregó que, sobre los auxiliares para desempeñar la labor de transporte manifestó que la temporal Stan Smith se encargaba de esa contratación.

El señor **JAIR FERNANDO GAITAN**, quien fue auxiliar contable para HONGWEI S.A.S. y Q21 S.A.S. por intermedio de una empresa temporal de julio de 2013 a marzo de 2020, informó que era encargado de dar la viabilidad contable de las cuentas de cobro del demandante, las cuales, éste presentaba con las planillas de entrega de mercancía, mencionó que este último fue despedido en diciembre de 2016 con ocasión a que SALMA GO (comercializadora de INDUSTRIAS AQUILES S.A.S.), comenzó a adquirir sus propios vehículos para el transporte de la mercancía, en suma, para concluir, mencionó que al actor le eran pagados alrededor de \$800.000 quincenales por medio de transferencia bancaria por rangos de ocho días.

Del mismo modo, el señor **WILLIAM SOLANO PEDRAZA** en su testimonio indicó que trabajó con las empresas de AQUILES S.A.S de octubre de 2014 al año 2018 desempeñándose primero como auxiliar de bodega y luego como coordinador de transporte desde septiembre de 2016 aproximadamente, expuso que al accionante la compañía le respondía con una mensualidad por gastos de mantenimiento del vehículo y de no poder asistir tenía que responder por el servicio, empero, no era indispensable realizar la labor específicamente con su vehículo, ni portar uniformes de la compañía, resaltó que en las planillas de despacho estaban relacionadas las rutas a visitar por los transportadores, las cuales eran asignadas por un coordinador y debían regresar con ellas firmadas por el personal de los almacenes, pues allí constaba la entrega de la mercancía, y si bien si quería, el accionante podía trabajar para otras empresas pero el tiempo no le alcanzaba.

De la misma manera, fueron allegadas las siguientes pruebas documentales:

- Cuentas de cobro dirigidas a las demandas Q21 y HONGEWI SAS (fls. 38-115).
- Planillas de despacho (fls. 116-1093).

Así las cosas, una vez analizados los medios de prueba legalmente incorporados al proceso, de manera conjunta y dándole el valor que cada uno merece conforme a los principios de la sana crítica, tal y como lo impone el artículo 61 del CPTSS, para la Corporación se encuentra desvirtuada la presunción legal contenida en el artículo 24 del CST ya citado, pues no queda duda que la prestación del servicio por parte del demandante no se dio en el marco de un contrato de trabajo, como quiera que las pruebas decretadas y practicadas en debida forma, desdibujan completamente la existencia de una relación subordinada. Lo anterior, por varias razones, en primer lugar, como quiera que las demandadas demostraron que en ningún momento ejercieron subordinación sobre el demandante, ya que como quedó evidenciado, este era autónomo en sus funciones, no debía cumplir un horario, y prestó sus servicios con su propio vehículo, cuyo mantenimiento era asumido por él. Adicionalmente, la contraprestación recibida por el actor se conformaba de los pagos cobrados por el servicio de transporte de la mercancía a través de cuentas de cobro, que a su vez estaban soportadas por planillas denominadas «Despacho línea», las cuales eran diligenciadas diariamente. Además de lo anterior, encuentra la Sala que, no fueron allegadas pruebas documentales que condujeran a probar la existencia de contrato de trabajo, pues, aunque se arrimaron cuentas de cobro y

planillas de despacho como antes se indicó, estas documentales no conducen a probar la existencia de un contrato realidad.

Así las cosas, claro es que faltó la parte actora con su deber de cumplir con la actividad procesal que en materia probatoria le asistía, a efecto de obtener la necesaria certeza de sus afirmaciones y lograr la convicción en el fallador respecto de sus pretensiones; pues como bien lo enseña la jurisprudencia, al Juez Laboral no le es dado fundar sus juicios de valor probatorio en apreciaciones o suposiciones y menos aún, sólo de conciencia, de ahí que si el interesado en que se le declare el derecho que considera le asiste no enseña prueba contundente de su dicho, sólo le queda al juez desechar su pretensión, pues *«Además, [el juez] debe exponer razonadamente en cada caso, cuál fue el mérito que le asignó a cada prueba y a todas ellas en conjunto, y los motivos que tuvo para hacerlo, pues de lo contrario su apreciación sería en conciencia, sistema este que sólo es de recibo para los jurados en las causas penales en que intervienen y para ciertos laudos arbitrales»* (CSJ, sent. feb. 12/80. M.P. José María Esguerra Samper).

En ese orden, también el artículo 60 del CPTSS, precisa que: *«el juez, al proferir su decisión analizará todas las pruebas allegadas en tiempo»*, disposición legal que en su esencia prescribe la perentoriedad de las oportunidades procesales pertinentes para el recaudo de los distintos medios probatorios que se pretendan hacer valer en juicio. Es decir que, en desarrollo del proceso judicial debe haber por lo menos un mínimo de medios probatorios para que pueda concederse el derecho sustancial reclamado, contrario sensu, si la parte interesada falta a su deber procesal de cara a la aportación de las pruebas pertinentes, no puede pretender que sus aspiraciones tengan vocación de salir prósperas.

En conclusión, si bien fue demostrada la prestación personal del servicio y operó la presunción del artículo 24 del CST en favor del accionante, las accionadas lograron desvirtuar tal presunción, aunado a que como ya se dijo, las pruebas presentadas fueron insuficientes. Así las cosas, al confrontar esta Sala la decisión adoptada por la Juez de primer grado con lo que reflejan los medios probatorios que se evacuaron en el curso del debate probatorio, se observa que la misma se ajusta en un todo a la realidad procesal, pues no existe en el plenario, elemento de convicción alguno de donde se pueda establecer de manera concreta que en efecto el demandante estuvo ligado a las demandadas en virtud de un contrato de trabajo, situación que conduce a la decisión absolutoria que determinó el Juzgado en la sentencia apelada, por lo cual será confirmada, lo cual le releva de someter a discusión las condenas

solicitadas y los responsables de cumplirla, eventualmente; por lo que, por sustracción de materia, se hace totalmente innecesario examinar los demás aspectos propuestos en la apelación.

Así se decidirá. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

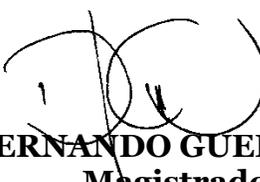
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.


RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C. - SALA LABORAL**
MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022)

Proceso ordinario laboral de GLADYS BUSTOS TRUYOL contra la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A., Rad. 110013105-015-2019-00302-01.

Con la finalidad de resolver el Recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la accionada PROTECCIÓN S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá, el 17 de noviembre de 2021.

ANTECEDENTES

La señora **GLADYS BUSTOS TRUYOL**, promovió demanda ordinaria laboral con el fin de que se condene a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez por presentar una pérdida de capacidad laboral del 71,98% a partir del 27 de marzo de 2017; en consecuencia, se condene a Protección S.A. liquidar el monto de la pensión a partir del 54% del Ingreso Base de Liquidación (IBL) por ostentar una invalidez superior al 66%. Finalmente, solicitó se condene a lo ultra y extra petita, la indexación, más costas procesales y agencias en derecho.

Como sustento fáctico a sus pretensiones, relató que Protección S.A. le negó la pensión de invalidez por no cumplir con el requisito legal contemplado en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, referente a las 50 semanas cotizadas en los últimos tres

años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, esto es entre 27 de marzo de 2014 y el 27 de marzo de 2017. Adujo que Protección S.A. desconoció los pagos en mora realizados por el empleador INVERSIONES H. BURGOS S.A.S., el día 30 de marzo de 2017 por el periodo de febrero de 2017, cuando tenía plazo de pagarlo hasta el 03 marzo de 2017, el pago del 06 de abril de 2017 por el pago en mora por el periodo de marzo de 2017, cuando tenía plazo de pagar el 05 de abril de 2017, tiempos que refirió, no son tenidos en cuenta dentro del cálculo de las 50 semanas, que en consideración de la administradora se cancelaron de manera extemporánea y con posteridad a la fecha de estructuración de la invalidez. Agregó, que presenta una difícil situación económica, ya que carece de un ingreso económico que le permita suplir sus necesidades básicas de alimentación, vestido y vivienda (fls. 04 a 15).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que la demandante no cumplió con el requisito de cotización de las 50 semanas dentro de los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración, exigido en el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, aduciendo que la demandante en el periodo comprendido entre el 27 de marzo de 2014 y el 27 de marzo de 2017, cotizó 48.19 semanas y que los aportes efectuados con posteridad a la fecha de estructuración de la invalidez no deben ser tenidos en cuenta como quiera que el siniestro a asegurar ya había ocurrido. Como excepciones de fondo, propuso las de «Inexistencia de la obligación por ausencia de los presupuestos y requisitos legales para tener derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez», «cobro de lo no debido», «prescripción», «buena fe», «compensación» e «improcedencia del pago de intereses moratorios» (fls. 99 a 107).

La demandada **INVERSIONES H. BURGOS S.A.S.** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que estas no están dirigidas en su contra. Adicionalmente, señaló que en el caso concreto sostuvo una relación laboral con el demandante desde el 01 marzo de 2016, momento desde el cual y hasta la fecha de estructuración de la enfermedad, es decir, el 27 de marzo de 2017 ha realizado el pago de las cotizaciones de las cotizaciones a pensión en debida forma. Explicó que respecto de los periodos de cotización de los meses de febrero y

marzo de 2017 se presentó un pago extemporáneo que en ningún momento buscó afectar a la demandante, por el contrario, buscó realizar el pago a la mayor brevedad posible en los términos del artículo 23 de la Ley 100 de 1993, y los realizó incluyendo los intereses; precisando, además, que Protección S.A. no adelantó acciones de cobro referentes a la sanción moratoria de la citada normativa. Agrego, que los periodos de febrero y marzo son anteriores a la fecha de estructuración de la enfermedad de la demandante e indicó que en suma los periodos de cotización suman 55,14 semanas. Aunado a lo anterior, arguyó que en consonancia con el artículo 24 de la Ley 100 de 1993 las administradoras de fondos de pensiones tienen la obligación de adelantar acciones de cobro, obligación reiterada por la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral que establece el deber legal de cobro ante la mora del empleador en el pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones. Como excepciones de fondo, propuso las de «cobro de lo no debido», «prescripción», «buena fe» y «compensación» (fls. 202 a 204).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 17 de noviembre de 2021, el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá, condenó a la demandada PROTECCIÓN S.A. al pago de la pensión de invalidez a favor de la demandante, a partir del 27 de marzo de 2017 en cuantía del SMLMV, con el retroactivo debidamente indexado al momento del pago. Autorizó a la AFP PROTECCIÓN a descontar del retroactivo los aportes al sistema de salud. Absolvió a la demandada INVERSIONES H. BURGOS S.A.S. de todas las pretensiones de la demanda. Condenó en costas a la AFP PROTECCIÓN.

Para arribar a esta decisión, mencionó que en el caso en concreto no era objeto de discusión la calidad de inválida de la actora dado que fue calificada con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 71,98% por enfermedad de origen común y fecha de estructuración 27 de marzo de 2017. Con relación al requisito de las semanas de cotización en los tres (3) años anteriores a la fecha de estructuración, es decir, entre el 27 de marzo de 2017 y el 27 de marzo de 2014, señaló que la demandada únicamente acepta válidamente 48.19 semanas frente a las 50 semanas que se requieren para consolidar el derecho pensional, en tanto el empleador estuvo en mora durante los periodos de febrero y marzo, periodos respecto a los cuales, señaló que en reiterada jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral ninguna consecuencia negativa de la mora en el pago de los aportes a la Seguridad Social por parte del empleador puede

trasladarse al trabajador dependiente. Arguyó que, el afiliado que tenga la condición de trabajador subordinado causa la cotización con la prestación efectiva del servicio y no puede verse perjudicado por la mora del empleador en el pago de los aportes o trasladársele las consecuencias de esa falta, siendo menester verificar si la administradora de pensiones cumple con el deber de cobro. Así las cosas, consideró que la contabilización de los períodos se debe tomar a partir del 27 de marzo del año 2017 hasta el 27 de marzo 2014, esto es, las semanas que corresponden a los períodos contabilizados en forma indebida por la demandada, motivo por el cual, el juzgador halló procedente el reconocimiento pensional a partir del 27 de marzo del año 2017. Respecto al empleador demandado, estimó que, conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, si el empleador cumple con el deber de pagar las correspondientes cotizaciones, como en efecto lo hizo, con el correspondiente interés moratorio, pago que recibió en legal y debida forma la administradora de pensiones, y no realizó ninguna acción de cobro pese a tener el deber legal ante el eventual retardo en el pago de los aportes a la Seguridad Social en pensiones, concluyó el juzgador señalando que no hay ninguna responsabilidad que se le pueda endilgar al empleador, por lo que era procedente su absolución.

RECURSO DE APELACION

El apoderado judicial de **PROTECCIÓN S.A.** presentó recurso de apelación argumentando que en el presente caso no se objeta el porcentaje de pérdida de capacidad laboral, pues la calificación fue adelantada por SURAMERICANA como consecuencia de la solicitud realizada por la AFP directamente. Señaló que, el punto de discusión se centra en el cumplimiento del requisito de orden legal de las 50 semanas, asevera que la afiliada no cumple con las semanas exigidas, dado que solamente cumple con 48 semanas, cuyo incumplimiento se basa en la extemporaneidad de los aportes para los meses de febrero y marzo del año 2017 realizados por la compañía Inversiones H. Burgos S.A.S. De igual forma, señaló que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema Justicia ha manifestado al respecto, que no es válido realizar aportes con posterioridad a los eventos de siniestros. Trajo a colación el instituto del contrato de seguro y su relación con el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, pues dada su naturaleza contributiva, la prima o precio es un elemento esencial del mencionado contrato, destacando los artículos 1036 y 1045 del Código de Comercio. Como consecuencia de lo anterior, precisó que

no procede la condena de primera instancia pues no se encuentra en la obligación de realizar el reconocimiento y pago de la pensión por invalidez a favor de la parte actora dado que, al no realizarse el pago de la prima, su representada no puede asegurar un riesgo al que no se le efectuó pago oportuno.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las partes presentaron alegatos en similares términos a los expuestos en la demanda y su contestación respectivamente, así como en el recurso de alzada.

PROBLEMA JURÍDICO

Precisado el anterior escenario jurídico y probatorio, corresponde a esta Corporación, establecer si la señora demandante GLADYS BUSTOS TRUYOL tiene derecho a la pensión de invalidez en los términos solicitados en la demanda.

CONSIDERACIONES

En el presente caso no existe controversia alguna frente a la condición de inválida que ostenta la señora GLADYS BUSTOS TRUYOL, lo cual se corrobora con el documento que obra de folios 22 a 26, en el cual se consigna que la Compañía Suramericana de Seguros de Vida S.A. le determinó una pérdida de capacidad laboral del 71.98%, de origen enfermedad común y con fecha de estructuración 27 de marzo de 2017, pues así se admite desde que se trabó la litis.

Lo anterior permite determinar que el régimen legal aplicable para la fecha de su invalidez según la norma vigente es el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, con la modificación introducida por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, norma que exigía para dejar acreditado el derecho haber cotizado 50 semanas en los últimos 3 años, esto es entre el 27 marzo de 2014 y el 27 de marzo de 2017, requisito que es precisamente el objeto de discordia entre las partes, toda vez que la accionada sostiene que solamente se cotizaron 48 semanas en ese lapso de tiempo sin tener en cuenta en cuenta los periodos de febrero y marzo de 2017 por pago extemporáneo del empleador; mientras que la señora GLADYS BUSTOS TRUYOL estima que de acuerdo a la historia laboral aportada (fls. 108 a 113) acredita más de las 50 semanas

requeridas, toda vez que laboró al servicio del empleador INVERSIONES H. BURGOS S.A.S., pese que los pagos se hicieron de forma extemporánea, con posterioridad al siniestro.

En efecto, sostiene la parte recurrente que la demandante no cotizó las semanas requeridas al sostener que el empleador INVERSIONES H. BURGOS S.A.S., último empleador, no efectuó aportes suficientes para configurar la prestación pensional, arguyendo que los aportes que hizo el empleador para los periodos de febrero y marzo de 2017 fueron pagados extemporáneamente y después de la fecha de estructuración, como aparece en la historia laboral, dejando entrever una posible mora patronal.

Sobre este último aspecto, debe precisarse de manera preliminar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, de manera pacífica ha señalado que las administradoras, públicas y privadas, como elemento estructural del Sistema General de Seguridad Social (Artículo 48 C.P.), deben cumplir las obligaciones legales, dentro de ellas, cobrar a los empleadores las cotizaciones que no han sido satisfechas, pues aunque la obligación radica en el empleador, antes de trasladar las consecuencias del incumplimiento de ese deber al afiliado o a sus beneficiarios, es menester examinar, previamente, si las administradoras de pensiones adelantaron las acciones de cobro, pues si no lo hacen, corren con la obligación de asumir las consecuencias de la omisión en el pago de los aportes, criterio jurisprudencial que ha sido reiterado en la sentencia radicada al No. 69294 del 2 de noviembre de 2016 (SL15980-2016).

En reciente jurisprudencia, la Sala de Casación Laboral reiteró que el hecho generador de las cotizaciones al sistema pensional es la existencia del contrato de trabajo; en otras palabras, la actividad efectiva desarrollada en favor de un empleador, causa que genera el deber de aportar al aludido sistema pensional a nombre del trabajador afiliado dependiente. Como se ha explicado, los derechos pensionales y las cotizaciones al sistema son un corolario del trabajo; se generan por el hecho de haber laborado el afiliado y están dirigidos a garantizar al asalariado o a sus beneficiarios un ingreso económico periódico, que ha redundado en su desgaste físico natural. En ese orden, explica el Alto Tribunal, el artículo 24 de la Ley 100 de 1993 establece que corresponde a las entidades administradoras de los regímenes pensionales promover las acciones de cobro ante el incumplimiento de las obligaciones del empleador y, conforme a lo establecido en el artículo 13 del Decreto

1161 de 1994, las mismas deberán realizarse de manera extrajudicial a más tardar dentro de los tres meses siguientes «a la fecha en la cual se entró en mora». Así entonces, conforme a lo adoctrinado, el hecho de que el afiliado tenga la condición de trabajador subordinado es lo que causa la cotización con la prestación efectiva del servicio, y si el empleador no cumple la obligación de pago oportuno y la administradora de pensiones no adelanta las acciones pertinentes para obtener el recaudo de los aportes en mora, es a esta a quien corresponde asumir la obligación de las prestaciones que se generen para el asegurado o los beneficiarios (CSJ SL3023-2019, CSJ SL3112-2019, CSJ SL3807-2020, CSJ SL5058-2020 y CSJ SL5081-2020 y CSJ SLO63-2022, entre otras muchas).

Así las cosas, para la imputación de los pagos en mora, la parte actora debe acreditar la existencia de la relación laboral durante el periodo echado de menos en los aportes a pensión, pues es la naturaleza jurídica de la relación contractual la que genera la obligación del empleador en el pago de estos, conforme el artículo 22 de la Ley 100 de 1993 y las normas anteriores a su vigencia. Por lo tanto, debe acreditarse la existencia de la relación laboral, pues sólo ante su demostración, puede alegarse la omisión de la entidad de pensiones en realizar las respectivas acciones de cobro en los términos legales, para este efecto es indispensable demostrar el periodo laborado en virtud del cual se alega la omisión el pago de los aportes con destino al Sistema General de Pensiones, pues se insiste, el elemento relevante y diferenciador en éste tipo de procesos, según el entendimiento de la Sala, surge a partir de la demostración de la relación laboral por el periodo adeudado, pues éste aspecto es el que evidencia la obligación que da la génesis a la cotización y el que eventualmente puede demostrar un actuar negligente por parte de la entidad.

En el caso sub examine, advierte la sala que como se indicó en precedencia, la AFP PROTECCIÓN no tiene en cuenta las semanas correspondientes a los ciclos de febrero de 2017 a marzo de 2017 y, conforme a ello, únicamente sumarían un total de 48,19 semanas; empero, la relación laboral de la demandante con la sociedad INVERSIONES H. BURGOS S.A.S. se encuentra aceptada y no discutida, incluso por la accionada PROTECCIÓN, desde el mes de marzo de 2016 hasta por los periodos echados de menos y pagados con posterioridad a la fecha de estructuración de la PCL (febrero y marzo de 2017); sumado a ello, se evidencia igualmente que tales aportes fueron pagados con posterioridad, incluyendo la mora por parte de dicho empleador, e igualmente aceptados sin objeción alguna por la AFP, tal como

se advierte de la planilla de autoliquidación de aportes aportada por INVERSIONES H. BURGOS S.A.S. (fls. 204 vto. y 206) y se corrobora con la historia laboral que se adosó por parte de PROTECCIÓN S.A. de fecha 01 de octubre de 2019 donde no se refleja observación alguna con relación a los aportes de los meses de febrero y marzo de 2017, situación ésta que da al traste con la argumentación de la parte recurrente, en tanto y en cuanto, al no haberse ejercido las acciones cobro se allanó a la mora patronal y posteriormente recibió el respectivo aporte con los intereses de mora que a juicio del empleador correspondían por la deuda insoluta.

Tales circunstancias, como ya se explicó, no pueden redundar de forma negativa en el potencial derecho pensional del afiliado, como quiera que el presupuesto esencial para la cotización es el trabajo real y efectivo y en este caso, ello no se discute. De este modo, adicionándose los aportes que no tiene en cuenta la AFP se alcanzaría a sumar en los últimos tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez un total de 55 semanas, con lo cual cumpliría con el presupuesto de las 50 semanas que exige la normativa para otorgar la prestación pensional por invalidez.

Corolario de lo expuesto, observa la Sala que la relación laboral en este caso se encuentra debidamente acreditada dentro del plenario, sumado a ello, como ya se explicó, la historia laboral precisa las semanas cotizadas y pagadas por parte de dicho empleador, y no puede atribuirse a la demandante la omisión en las acciones de cobro respecto a los tiempos en que, eventualmente, se configuraba la mora patronal del empleador, situación esta que no impide incluir dichos ciclos por parte de la AFP Protección.

Definido lo anterior, es claro que las semanas acreditadas hacen merecedora a la demandante de la pensión por invalidez reclamada y como no se discutió ningún otro aspecto en la alzada, se agota la competencia de esta instancia judicial, por ende, habrá de confirmarse la decisión de primer grado.

Así se decidirá. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

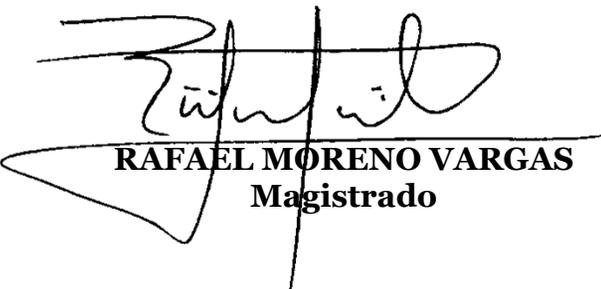
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de recurso apelación, por las razones expuestas en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, al considerar que no se causaron.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C. – SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por GAVI SENAI DA GARCÉS NAJAR contra COLPENSIONES Y OTROS. Rad. 110013105-018-2019-00843-01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 de 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por la parte accionada contra la sentencia proferida por el Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá el 03 de noviembre de 2021. De igual manera, revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora **GAVI SENAI DA GARCÉS NAJAR**, promovió demanda ordinaria laboral en la que pretende que se declare que el traslado y afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad con PORVENIR S.A. es nulo y/o ineficaz. En consecuencia, la afiliación con COLPENSIONES se mantuvo vigente siempre, es decir, no hubo solución de continuidad en dicha afiliación. Por consiguiente, solicitó que se condene a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los aportes, rendimientos, frutos, intereses y gastos de administración efectuados en su momento por la demandante, así como los detalles de los aportes trasladados. Solicitó que COLPENSIONES active la afiliación de la actora en el RPMPD y a aceptar y recibir el traslado. Finalmente, solicitó que se condene a las demandadas a pagar las costas y agencias en derecho del proceso, más lo extra y ultra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que nació el 09 de noviembre de 1964, acreditando a la fecha 55 años de edad. Mencionó que laboró con la Secretaria Distrital de Hacienda durante el periodo comprendido entre el 15 de abril de 1982 y el 28 de enero de 1986, del 15 de octubre de 1987 hasta el 13 de octubre de 1993, periodos en los que realizó periódicamente sus aportes pensionales a la Caja de Previsión Distrital tal y como se observa en formatos CLEBP del 15 de abril de 2019. Más adelante, se vinculó a la Secretaria Distrital de Gobierno en donde en principio continuó cotizando a la Caja Distrital de Previsión entre el 01 de julio de 1993 y el 31 de diciembre de 1995 y posteriormente cotizó para pensión entre el 01 de enero de 1996 y el 30 de abril del mismo año al Instituto de Seguros Sociales tal y como bien lo deja en evidencia la certificación electrónica de tiempos laborados – CETIL, emitido por la oficina de bonos pensionales del ministerio de hacienda el 09 de abril de 2019. En total, acredita entonces un total de 1.817 semanas de cotización al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, de los cuales 626 corresponden a aportes realizados al RPMPD y el restante, es decir 1.191 corresponden a aportes efectuados al régimen de ahorro individual. Explicó que el día 27 de marzo de 1996, se trasladó del RPMPD al RAIS con PORVENIR S.A., fondo que a la fecha administra sus aportes pensionales. Afirmó que los asesores de PORVENIR S.A. no le informaron de manera clara, cierta y oportuna y suficiente las consecuencias jurídicas que tendría el traslado de régimen pensional; no le hicieron una descripción de las características, ventajas y desventajas objetivas de afiliarse al RAIS o al RPMPD ni jamás se le hizo un comparativo entre los dos regímenes pensionales; nunca le efectuaron una proyección de la pensión a la demandante al momento en que se dio el traslado de régimen, sin embargo, le aseguraron que por ser joven le convenía afiliarse a PORVENIR S.A., sin hacer ningún análisis ni entregarle ninguna información adicional ni comunicarle que tenía que ver su edad con las ventajas o desventajas de estar afiliada a uno u otro régimen. Le manifestaron que de todas formas le tocaba afiliarse a PORVENIR S.A. sin hacer ningún análisis ni entregarle ninguna información adicional ni comunicarle que tenía que ver su edad con las ventajas o desventajas de estar afiliada a uno u otro régimen. Alegó que los asesores de PORVENIR S.A. le manifestaron que de todas formas le tocaba afiliarse a un fondo privado porque el ISS junto con el régimen que ese instituto administraba, desaparecería pronto. Que, ya afiliada al RAIS, la AFP PORVENIR S.A. nunca le indicó a la demandante que la Ley 797 de 2003 había dispuesto un periodo de gracia que se extendió desde el 29 de enero de 2003 al 29 de enero de 2004 y que permitía el traslado entre regímenes sin limitación ni permanencia previa alguna. Así mismo, aseveró que nunca le informaron que no podría trasladarse de régimen pensional

cuando le faltaren diez años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, esto es, que tenía plazo hasta antes de cumplir 47 años de edad para trasladarse de régimen pensional. Aunado a ello, sostuvo que llamaba la atención también que COLPENSIONES y PORVENIR AFP, antes ISS, permitan y avalen que la actora realice su traslado al régimen de ahorro individual en el mes de marzo 1996, aun cuando tan solo habían transcurrido escasos 4 meses desde el momento en que se había afiliado al ISS proveniente de las cajas de previsión del Distrito, donde venía realizando sus aportes, pues como se refirió atrás, el día 01 de enero de 1996 ya había comenzado a realizar aportes al régimen de Instituto de Seguros Sociales (Fls. 02 a 12).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** contestó la demanda oponiéndose a todas las pretensiones, teniendo en cuenta que su afiliación al RAIS, se encuentra válida y actualmente se encuentra vinculada con la AFP PORVENIR S.A.; así mismo, la actora no demuestra error, fuerza o dolo que coartara su libre escogencia de régimen pensional, o durante la afiliación a la administradora privada, lo que se sustentará más adelante en el acápite de hechos, fundamentos y razones de derecho de la defensa, por lo cual no es procedente que se declare ineficacia de traslado de régimen surtido por la actora. Es de precisar que la demandante solicitó el traslado de régimen pensional a COLPENSIONES encontrándose afiliada al RAIS, tiempo para el cual se encontraba a menos de 10 años para acreditar la edad para acceder a la pensión de vejez, de acuerdo con los parámetros establecidos en la Ley 797 de 2003, modificatoria de la Ley de Seguridad Social Integral del año 1993, concluyendo entonces, que para esta data, su situación ya se enmarcaba en la prohibición establecida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, por lo que solicitar el traslado entre regímenes en este momento es ilegal e improcedente. Propuso como excepciones de fondo las de «falta de legitimación de la causa por pasiva», «inexistencia del derecho y de la obligación para regresar al régimen de prima media con prestación definida», «excepción error de derecho no vicia el consentimiento», «cobro de lo no debido», «buena fe», «prescripción», «imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas», «innominada o genérica» (CD fl. 79).

Mediante auto del 08 de septiembre de 2021 se tuvo por no contestada la demanda por parte de PORVENIR S.A. (fls. 81-82).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 03 de noviembre de 2021, declaró la ineficacia de la afiliación de GAVI ZENAIDA GARCÉS NAJAR a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones PORVENIR S.A. efectuada el 27 de marzo de 1996. Declaró que para todos los efectos legales, la demandante nunca se trasladó al RAIS y en consecuencia, siempre permaneció en el RPMPD. Ordenó a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, todos los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil; estos son los rendimientos que se hubieran causado, es decir, lo que se tenga en la cuenta individual de la demandante en la actualidad en su ahorro o al momento en que se realiza el traslado de los aportes sin efectuar deducción alguna, así como las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez por concepto de gastos de administración en que hubiere incurrido desde el momento en que se surtió la afiliación de dicho fondo hasta que se realicen los traslados de los aportes aquí dispuestos. Ordenó a Colpensiones reactivar la afiliación de la demandante y corregir su historia laboral una vez reciba estos dineros de parte de PORVENIR S.A. condenó en costas a PORVENIR S.A.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, indicó que la AFP PORVENIR S.A. no logró demostrar en el curso del proceso que suministró a la demandante una asesoría suficiente en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse en la edad en la que cumpliera los requisitos, cuál sería el monto de pensión allí y las características de cada uno de los dos regímenes. Refirió que la afiliación implica aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano con lo cual podía colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en el que se trasladó de régimen por lo que resulta nula esta afiliación. Así las cosas, explicó que en este asunto existió un error de hecho cuando la demandada enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la demandante en el régimen de prima media e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyecciones de una expectativa pensional debiendo hacerlo teniendo como referente a los dos regímenes pensionales, en este sentido, concluyó que la afiliación realizada por la demandante a PORVENIR

el 27 de marzo de 1996 se torna nula, ello por cuanto se faltó al deber de información de la entidad o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, así como tampoco era óbice para que se declare la nulidad pretendida que la demandante se encontrare o no en el régimen de transición o le faltaren menos de 10 años para cumplir la edad para el otorgamiento de la pensión para el momento en que solicitó la ineficacia del traslado. Añadiendo, que la jurisprudencia laboral ha determinado que cuando se configura la ineficacia del traslado del régimen por incumplimiento del deber de información como aquí sucede, no se requiere contar “con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP”, como tampoco tiene relevancia el hecho de que la demandante no haya hecho uso al derecho al retracto dentro de los 5 días hábiles siguientes a la firma del formulario de traslado, pues aquí no se demostró por parte de la AFP PORVENIR que hubiese cumplido con su deber de dar a conocer a la demandante toda la verdad objetiva de las características, condiciones, beneficios, riesgos y consecuencias de los diferentes regímenes y por ende, dicho traslado deviene ineficaz y en ese sentido, las cosas vuelven a su estado anterior como si el acto nunca hubiese existido. En cuanto a la excepción de prescripción, explicó que de conformidad con el artículo 48 de la Constitución Política, el derecho a la seguridad social es un derecho imprescriptible e irrenunciable, por tanto las acciones que se obliguen a tener la nulidad o ineficacia como del traslado o afiliación de un régimen como lo ha doctrinado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, resultan imprescriptibles.

RECURSO DE APELACION

La apoderada judicial de **PORVENIR S.A.** presentó recurso de apelación argumentando para tal evento que en el presente caso no hubo una inexistencia o una falta al deber de información y por ende no hay lugar a las condenas proferidas por el despacho en contra de esta entidad. Que no se puede obviar el formulario suscrito por la demandante en donde ella de forma libre, voluntaria y totalmente de forma espontánea solicita el traslado del régimen privado; que si bien para el despacho no es suficiente esta prueba documental referida que corresponde a la solicitud de traslado y que de esta solicitud no puede entenderse que hubo una información o una asesoría completa, precisó que para la época de los hechos, no había ninguna normativa que especificara o que encomendara a las AFP'S el tener que diligenciar otro tipo de documentos y por ende no puede existir una tarifa legal de prueba para poder acreditar que hubo una información suficiente al momento que el afiliado hubiese efectuado el traslado bajo su propia conciencia y voluntad. Señaló que, al momento de la afiliación, los asesores comerciales de esta entidad cumplieron de

buena fe y bajo las obligaciones que tenían el informar las características específicas que tiene el régimen privado y en ese sentido, es totalmente inexistente los documentos que se piden para poder acreditar esta información suministrada por parte de PORVENIR. En ese sentido, estimó que la carga probatoria que se exige es totalmente desproporcionada pues no se le puede dar credibilidad únicamente a lo declarado por la demandante, sino que debe tenerse como una prueba contundente el hecho que ella suscribió de forma voluntaria este formulario y que durante tantos años tuvo una manifestación tácita de su voluntad, toda vez que mediante su conducta permaneció bajo su voluntad en el régimen privado. En tal sentido debía tenerse en cuenta que los pormenores o los detalles del régimen privado en pensiones también se encuentra dentro de la ley lo cual no se puede alegar una ignorancia frente al conocimiento del régimen pensional, que esta entidad siempre actuó de buena fe y siempre cumplió con sus obligaciones al momento de efectuar el traslado, no solamente de la demandante sino de todos los afiliados que eventualmente hubiesen hecho un traslado en dicha época, traslado que al pertenecer al régimen privado también estuvo regido por el principio de la autonomía de la voluntad que no puede desconocerse por parte de la administración de justicia, que el consentimiento fue informado al momento de suscribir la solicitud de traslado, que también la demandante tuvo o se le pudo garantizar el derecho de un retracto de esa afiliación y que conforme a la ley tuvo también la oportunidad de trasladarse de régimen 10 años antes de cumplir la edad de pensión y aun así decidió quedarse dentro del régimen privado y esto quiere decir y puede ser un indicio completamente contundente respecto de su consentimiento y de su conocimiento frente a las características del régimen privado al cual estaba afiliada y al cual cotizó durante tantos años. Solicitó que se revisara la finalidad o bajo el principio finalístico de lo que es el deber de información y es que el deber de información es para otorgar claridad al afiliado respecto de su futuro de su futuro pensional o respecto de cómo van a hacer las características del régimen al cual se afiliaba, finalidad que fue totalmente acreditada y suficientemente sustentada porque la misma finalidad se cumplió en el sentido de manifestar que la demandante siempre decidió permanecer en este régimen sin ningún tipo de reclamación al respecto. En tal sentido, como no se acredita una falta en el deber de información, sino que todas las pruebas apuntan a que ella de forma libre y voluntaria quiso pertenecer al régimen privado y que durante tantos años no manifestó ningún tipo de inconformidad sino hasta la presente demanda. Precisó que no procede la condena por gastos de administración pues cumplieron su finalidad y en este sentido recordó que conforme al inciso 2º del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, se destina el 3% de la cotización a financiar gastos de administración y pensión

de invalidez y sobrevivientes y estos gastos no forman parte integral de la pensión de vejez y que por esas razones no solamente está también sujetos a prescripción sino que también es totalmente improcedente que se obligue a esta entidad a hacer ese tipo de pagos a la entidad pues también habría una inestabilidad financiera entre las entidades totalmente desmedida que terminaría por afectar el soporte financiero y económico de las entidades y que al final enriquecería ilícitamente a la entidad y por esa razón en gracia de discusión que se mantenga la decisión de ineficacia del traslado, las únicas sumas a retornar son los aportes realizados en la cuenta individual de la afiliada, pues si bien la finalidad es retrotraer todo a su estado inicial como si nunca se hubiese trasladado, esos valores frente al sistema o al régimen privado, no hubiesen existido, entonces en tal sentido no procede la devolución de los emolumentos que se condenaron en primera instancia y bajo esos argumentos esgrimió igualmente que esta entidad actuó con absoluta buena fe y en cumplimiento de todas las normas vigentes en la época, razón por la cual las pretensiones deben despacharse desfavorables y absolver a esta entidad de las condenas impuestas.

A su turno, el apoderado de **COLPENSIONES** presento recurso de apelación argumentando para tal evento que la carga dinámica de la prueba no puede ser aplicada de forma genérica sin ninguna ponderación y en desigualdad de las partes involucradas en un proceso, de conformidad en lo preceptuado en el artículo 161 de la Ley 1564 del 2012 en donde es evidente que quien afirma la ocurrencia de un hecho es quien debe soportar probatoriamente la carga de ello, generando de tal forma que la regla general es que corresponde a cada parte probar el supuesto de hecho que exhibe y atendiendo las situaciones particulares del caso; precisando que quien alega debe probar y se deben analizar las particularidades del caso en donde hasta el año 2016 los fondos privados cuentan exclusivamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación para probar el conocimiento y asentimiento del afiliado respecto del traslado, previamente no se exigía nada diferente al documento de afiliación donde constaba la plena intención de permanecer al régimen de ahorro individual, de tal manera que imponer cargas adicionales a las previstas en la Ley 100 de la época constituye en una situación de carácter imposible, igualmente si bien existe una intervención de asesoría de la administradora de pensiones que podría generar un vicio en la voluntad del traslado, ello debe mostrarse pues de lo contrario predominarían las conjeturas y suposiciones y no los hechos debidamente demostrados en el proceso en los que intervino directamente la demandante. Tampoco podía considerarse a todos los afiliados como una parte débil e indefensa, la misma ley previó distintos deberes con el fin de que por interés propio se asesoren

de la mejor manera, adicionalmente no pueden desconocerse las situaciones que rodean cada caso y que de alguna manera le permite al demandante obtener información mínima durante el paso del tiempo. No es dable alegar la ignorancia de la ley para justificar una decisión tomada hace más de 25 años, observando que la demandante manifiesta que la falta de información también radica en que no se le explicaron las ventajas y desventajas del régimen de ahorro individual. Preciso que las características, condiciones y modalidades propias de este régimen, están consignados en el artículo 59 y siguientes de la Ley 100 de 1993, norma que por ser de alcance nacional, impone su conocimiento a todos los ciudadanos a partir de su promulgación en los términos del artículo 11 del Código Civil, por tanto no es dable alegar la ignorancia como excusa a voces de lo que prevé el artículo 9° de la codificación antes citada para atribuir que los fondos de ahorro individual, la responsabilidad de haber omitido información al respecto ya que este señalamiento lo hace la ley, máxime cuando la demandante de manera voluntaria suscribió el formulario de afiliación al régimen de ahorro individual. Finalmente indicó que no se puede desconocer el gran problema que puede generar el traslado indiscriminado de afiliados que, excusándose en preguntas falsas al deber de información de las administradoras de pensiones, pretendiendo acceder a una prestación en el RPMPD cuando éstas no han guardado fidelidad al sistema como ocurre en el caso de la parte demandante. De igual manera, indicó era evidente que han pasado muchos años en cuales el demandante, no contribuyendo con el fondo común que financia las pensiones de las personas que han guardado fidelidad al RPMPD, conllevando al detrimento patrimonial que pretende evitar el principio de sostenibilidad financiera. Conforme a lo anterior, estimó que el eventual traslado de régimen pensional de la demandante, afecta significativamente al sistema financiero del RPMPD, teniendo en cuenta la variación porcentual de la destinación del aporte en ambos regímenes pensionales, la falta de contribución al demandante al fondo común que financia las pensiones en el RPMPD y la carga que generaría en los demás afiliados soportes un eventual reconocimiento pensional a favor de la demandante quien no ha construido un derecho pensional en el régimen de prima media. Finalmente, solicitó que de ser revocadas y negadas las pretensiones y condenas impuestas a esta entidad, sea condenada la parte actora al pago de las costas y agencias en derecho.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las accionadas presentaron alegatos de conclusión en similares

términos a los indicados en la contestación de la demanda y la apelación respectivamente; la parte actora solicitó que se confirme la sentencia.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias CSJ SL2208-2021, SL2209-2021, SL5174-2021, CSJ SL5205-2021, SL5188-2021, SL5280-2021, SL4865-2021, en entre otras, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que en los procesos judiciales en los que se ventila la nulidad y/o ineficacia de traslado de régimen pensional, la carga de la prueba se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, las cuales deben acreditar la debida y oportuna información a los afiliados, lo cual constituye doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001 y desde la nueva composición de la Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia viene manteniendo este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, la decisión sobre esta problemática se adoptará conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002¹.

¹ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez", y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para

A folio 13 obra copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 09 de noviembre de 1964, por lo que cumplió 57 años el mismo día y mes del 2021, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante peticiones dirigidas a PORVENIR y COLPENSIONES, el 18 de septiembre de 2019 y 20 de septiembre de 2019 (fls. 35 a 38 y 53-55), es decir, cuando evidentemente estaba a menos de 10 años para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 - 30 de junio de 1995, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, tenía 11 años, 6 mes y 1 día de servicios prestados al Distrito de Bogotá (Fls. 25 a 27), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD al de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 27 de marzo de 1996, según información registrada el formulario de afiliación a PORVENIR S.A. (fl. 14).

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado PORVENIR S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen el accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información al demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a aquel, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (27 de marzo de 1996, Fl. 14), lo del formulario de afiliación, éste no constituye en manera alguna, medio probatorio

que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la AFP PORVENIR S.A. Desde luego que en el interrogatorio de parte, la accionante no confesó que en ese momento se le haya brindado la información necesaria al de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional y aunque haya asegurado haber firmado dicho formulario sin presiones, lo cierto es que no confesó que al momento de afiliarse (que es lo que se revisa en esta clase de procesos), le hayan dado información en los términos expuestos.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada PORVENIR, omitió en el momento del traslado de régimen (27 de marzo de 1996, fl. 14), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto a la parte recurrente, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de los rendimientos, inclusive lo relacionado con gastos de administración dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a Colpensiones, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

Recientemente el Alto Tribunal, en las sentencias CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021 del 26 de mayo de 2021, reiteró, con relación a las consecuencias de la ineficacia y la devolución de los gastos de administración que *«en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-*

2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima».

De igual forma, no tiene incidencia alguna la financiación del sistema, o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, como ya se indicó, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual del demandante, aunado a ello, la sostenibilidad del sistema pensional no es objeto de debate en el caso de marras y escapa de la órbita de la competencia de la jurisdicción laboral.

En la misma dirección se debe señalar, tampoco incide que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a aquella cuando se trasladó de régimen.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional de la demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, así como las ya mencionadas SL2208-2021 y SL2209-2021.

En ese sentido, quedan resuelta tanto las apelaciones como la consulta que opera en favor de Colpensiones. De tal modo que se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

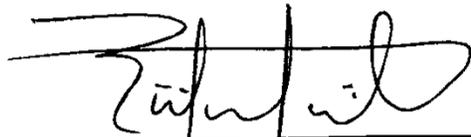
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C. – SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022)

**PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por CARLOS IVÁN ZULUAGA
contra COLPENSIONES Y PORVENIR S.A. Rad. 110013105-021-2019-00734-
01.**

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación incoado, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial del demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá, el 09 de noviembre de 2021.

ANTECEDENTES

El señor **OSCAR IVÁN ZULUAGA VELÉZ** promovió demanda ordinaria laboral en la que pretende se decrete la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida –RPMPD- administrado COLPENSIONES al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS- administrado por PORVENIR S.A. Como consecuencia de lo anterior, se condene a PORVENIR S.A. a devolver todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación del demandante como cotizaciones, bonos, sumas adicionales, frutos, intereses y rendimientos, sin lugar a descuento alguno o deterioros por la merma en el capital, incluso los gastos de administración en que hubiere incurrido así como las mesadas pagadas a partir de enero de 2018, teniendo en cuenta que el capital existente en la cuenta de ahorro individual no ha sufrido merma por este pago; al contrario, se ha incrementado. Así mismo, solicitó que se condene a

COLPENSIONES a aceptar los anteriores valores, ordenando la afiliación al RPMPD. Finalmente solicitó condenar en costas a PORVENIR S.A.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que en la actualidad cuenta con 61 años de edad cumplidos y nació el 14 de junio de 1958. Tiene cotizadas 1288 semanas al Sistema de Seguridad Social entre marzo de 1981 y noviembre de 2017. Del anterior periodo 249,86 semanas lo son al RPMPD administrado por COLPENSIONES. A este mismo régimen al RPMPD también corresponden 356,42 semanas cotizadas con la empresa EXXONMOBIL DE COMBUSTIBLES S.A., hoy PRIMAX DE COLOMBIA S.A., entre el 12 de enero de 1983 y el 17 de diciembre de 1989 para un gran total de 1644,42, precisando que las inmediatamente mencionadas, no han ingresado a su cuenta de ahorro individual, toda vez que el fondo administrador de su pensión, PORVENIR S.A., no ha realizado las actividades de cobro pertinentes para incrementar el valor en esa cuenta con esas semanas. Que, en demanda separada, instauró acción tendiente a recaudar ese cálculo actuarial y que sea depositado a órdenes de la administradora de pensiones. Agregó que el demandante acudió a la dependencia donde laboraba en el año 1997, GZ INGENIEROS LTDA y suscribió el formulario sin que el asesor le diera mayor información, limitándose a suscribirlo, sin conocimiento de las consecuencias que de allí se derivaban. Que la única información clave y equivocada que le dio este asesor fue la posibilidad que tenía de retirar el capital en el momento que a bien lo tuviera. La anterior circunstancia llevó al demandante a que cuando estaba próximo a pensionarse solicitara el 04 de febrero de 2016, le informaran el valor del cálculo actuarial y la posibilidad de una pensión anticipada, retirando los aportes voluntarios que tenía y negociando el bono pensional. Que esta comunicación le fue respondida por PORVENIR S.A. con fecha del 09 de febrero de 2016, en la anterior le hacían una proyección de la pensión cotizando hasta los 62 años de donde se obtendría una mesada pensional de \$1.230.300. Sin cotizar, hasta esa fecha obtendría \$1.096.300 de mesada pensional entre los 58 y 60 años. Que el 14 de marzo de 2016, solicitó la entrega de los aportes voluntarios y la opción por pensión anticipada. La anterior se le contestó por comunicación del 17 de marzo de 2017 en lo que tenía que ver con la devolución de aportes para que allegara los datos de una cuenta bancaria y en lo de la pensión anticipada, acercarse a un consultor especializado. Que el 1º de noviembre de 2016 y ante la suma exigua ofrecida en la comunicación de fecha de 09 de febrero de 2016, frustrado por esa expectativa y que no variaba significativamente el valor de la mesada pensional entre los 60 y 62 años, decidió mediante comunicación bajo un convencimiento errado dado por el asesor renunciar a la prestación económica de pensión y a cambio solicitar la devolución de su bono pensional e indemnización sustitutiva acumulados en su poder durante varios años. Que nada le

contestó PORVENIR S.A. por escrito en relación con la anterior comunicación, pero si se le informó verbalmente que tenía los requisitos para pensión y que debía solicitarla y que no procedía la devolución de saldos de la cuenta individual. Que solicitó por insinuación del asesor, solicitó la pensión bajo la modalidad de renta vitalicia el 12 de octubre de 2017, pero le fue negada sin mayores argumentos e información en los términos del artículo 80 de la Ley 100 de 1993. Agregó, nada se le dijo en relación con la elección que él debía hacer de la aseguradora que se haría cargo de la pensión, tampoco se le indicó que era PORVENIR S.A. la encargada de efectuar a nombre del pensionado las reclamaciones ante la respectiva aseguradora. De manera lacónica y confusa, se le indicó el 19 de octubre de 2017 que no era procedente realizar la proyección pensional bajo esta modalidad, renta vitalicia que le favorecía más. Ante la mínima diferencia y sin una opción diferente al de la pensión anticipada, a los 62 años se decidió en la modalidad de retiro programado, la que actualmente devenga, según comunicación del 14 de diciembre de 2017 desde el 01 de diciembre de 2017, en cuantía de \$1.197.734 cuyo valor mensual, una vez hecha la deducción en salud corresponde a \$1.053.934. Para diciembre de 2017, fecha de reconocimiento de la pensión anticipada, tenía en su cuenta de ahorro individual \$295.733.390. A la fecha de presentación de esta demanda, el capital del demandante asciende a \$308.836.007, por lo que, pese al pago de las mesadas pensionales, no ha sufrido detrimento alguno, ni el Sistema de Seguridad Social sufriría un desequilibrio. Anotó que, siempre estuvo bajo el convencimiento de que podía retirar el valor existente en la cuenta de ahorro individual, independiente del cumplimiento de los requisitos para pensión, porque ese fue el argumento principal que le presentó el asesor que lo atendió y así lo solicitó al fondo. Nunca le presentaron un escenario del monto que pudiera alcanzar si decidiera pensionarse, todos eran escenarios positivos. Manifestó que nunca se le dijo, de acuerdo al valor ahorrado en la cuenta individual, cuánto podría ser la pensión e igualmente no se le mencionó que su pensión podría estar cercana al salario mínimo. A la edad en que el demandante recibió a los asesores, no tenía conciencia del impacto que su decisión tendría en su pensión. Le crearon una serie de falsas expectativas sobre su ingreso al RAIS, le dijeron que se podía pensionar por un mayor valor, igualmente que se pensionaba a la edad que quisiera, nunca le hicieron una proyección económica de acuerdo a la asignación que tenía, de cuánto podía ser su pensión. Aseguró que no tenía conocimiento ni fue informado de las consecuencias que acarrearía el traslado al RAIS. Igualmente le dijeron que el valor de la pensión sería muy superior al que devengaría si continuaban para aquella época con el Seguro Social, tampoco se proyectó la influencia del rendimiento del capital que efectivamente le permitiera pensionarse con anterioridad y con un mayor valor. Dijo que solicitó ante COLPENSIONES la nulidad del traslado el

20 de junio de 2019, lo cual fue resuelto de forma negativa. Que el traslado realizado a la AFP PORVENIR S.A. no es legal y está viciado de nulidad por cuanto el demandante no contó con la suficiente información acerca de los beneficios del RAIS y los posibles valores de su pensión de acuerdo a las cotizaciones que realizó. En el RPMPD y teniendo en cuenta el IBL de los últimos 10 años, este valor a octubre de 2018 sería de \$5.204.538. Posteriormente, solicitó ante PORVENIR S.A. la historia laboral actualizada a julio de 2019, misma que le fue negada por su condición de pensionado y sólo se le explicó el histórico de movimientos (fls. 02 a 13).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones argumentando para tal evento que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente al demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o de que está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), así mismo no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte del demandante, al contrario, se observa que las documentales se encuentran sujetas a derecho y que se hizo de manera libre y voluntaria sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas, igualmente en el presente caso no se cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, no procedería el traslado de régimen pensional de conformidad con el artículo 2 de la Ley 797, el cual modificó el literal E del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Se opuso a condenar a COLPENSIONES a aceptar los anteriores valores, ordenando la afiliación del demandante al RPMPD en razón a que la afiliación se encuentra activa y vigente en el RAIS y son las administradoras de fondos de pensiones privadas las llamadas a reconocer cualquier derecho inherente a las pretensiones de la demanda, pues la escogencia del régimen de ahorro individual y traslado, se dio en debida forma, por tanto no puede resultar esta entidad damnificada de la situación y hacerse acreedora de obligaciones que corresponden a las ya mencionadas AFP'S, pues, dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente al demandante se le hubiese hecho incurrir en error. Propuso como excepciones de mérito las de «errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil», «descapitalización del sistema pensional», «inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida», «prescripción de la acción laboral», «caducidad», «inexistencia de causal de nulidad», «saneamiento de la nulidad alegada», «no procedencia al pago de costas en instituciones

administradoras de seguridad social del orden público» e «innominada o genérica» (Fls. 82 a 135)

La **AFP PORVENIR S.A.** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, argumentando para tal efecto que el traslado de régimen pensional efectuado por el demandante a través del representante de la entidad es completamente válido por cuanto esta brindó la información pertinente y necesaria, razón por la cual sería improcedente negar dicha afiliación y declarar la nulidad del traslado. Aclaró que el demandante suscribió de manera libre, espontánea y completamente informada el traslado horizontal con esta entidad, toda vez que recibió asesoría verbal amplia y suficiente, así mismo, señaló que el demandante no allega prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la nulidad de la afiliación, razón por la cual se encuentra válidamente afiliado al RAIS. Tal era el conocimiento del demandante de las condiciones a las que se estaba acogiendo que, a partir del 01 de diciembre de 2017, optó por recibir una pensión anticipada de vejez, prestación que a la fecha se encuentra recibiendo. De igual manera recibió devolución de sus aportes pensionales voluntarios. Propuso como excepciones de fondo las de «prescripción», «prescripción de la acción de nulidad», «cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación» y «buena fe» (Expediente Digital: 01 EXPEDIENTE 2019-734.pdf, Págs. 189 a 222).

DEMANDA DE RECONVENCIÓN

El apoderado judicial de la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías Porvenir S.A. presentó demanda de reconvencción, solicitando que en caso de declararse la nulidad o ineficacia del traslado, se ordene al señor **CARLOS IVÁN ZULUAGA**, devolver todos los dineros que haya recibido por concepto de mesadas pensionales derivadas del reconocimiento de la pensión de vejez. La anterior pretensión, en razón a que el demandado en reconvencción está pensionado bajo la modalidad de retiro programado desde el 01 de diciembre de 2017. Que el pago la mesada inicial en la suma de \$1.197.734 a partir del 04 de diciembre de 2017, recibe por concepto de mesada pensional para el año 2021 es la suma de \$1.375.198. Se encuentra percibiendo de manera mensual la pensión bajo la modalidad de retiro programado, de igual manera recibe por concepto del reconocimiento de la pensión 13 mesadas anuales. (Expediente Digital: 01 EXPEDIENTE 2019-734, Págs. 3 a 6)

La demanda fue contestada a través de apoderado judicial por el **CARLOS IVÁN ZULUAGA**, indicando que para tal evento que se opone a la prosperidad de las pretensiones y solicitó se tengan en cuenta las documentales agregadas por la accionada principal en la contestación de la demandan principal de la que se extrae que actualmente el capital con que cuenta el actor es de \$369.751.791, lo que indica que la mesada pensional que actualmente percibe \$1.375.198 no representa ni siquiera el 0.4% del interés que debiera pagar por los rendimientos, menos aún el interés legal del 0.5% fijado en el artículo 1617 del C.C., lo que demuestra una vez la situación de desprotección en que se encuentra el afiliado frente al manejo de su ahorro pensional y el abuso del derecho de los Fondos Privados en la administración del capital de la cuenta individual. Para febrero de 2016 era de \$225.814.817. Para noviembre de 2017, cuando se le otorga la pensión era de \$303.184.320, es decir que los ingresos percibidos no están íntimamente relacionados con el capital que administra Porvenir S.A. y que lo pagado a título de pensión resulta ser irrisorio frente a los dividendos que maneja el fondo que lo que hacen es incrementar sus utilidades a costa del empobrecimiento del pensionado (Expediente Digital: 01 EXPEDIENTE 2019-734, Págs. 42 a 45).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día 09 de noviembre de 2021, declaró probada de oficio la excepción de imposibilidad de reversar el acto de traslado ante el reconocimiento de la pensión de vejez por parte del fondo privado. Negó las pretensiones de la demanda presentada por el señor **CARLOS IVÁN ZULUAGA VÉLEZ** contra **COLPENSIONES** y la **AFP PORVENIR**. Negó las pretensiones de la demanda de reconvención formulada por Porvenir contra el demandante. No fijó costas.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, indicó que la **AFP PORVENIR** mediante comunicación del 14 de diciembre de 2017 le reconoció al demandante una pensión de vejez bajo la modalidad del retiro programado con 13 mesadas iniciando la misma con un valor de \$1.197.734 pagaderos a partir del mes de diciembre de 2017. Anotó que, si bien no se pudo demostrar el deber de información, esto es, de que efectivamente al momento del traslado de régimen Porvenir haya cumplido con ese deber que tenía de informar al demandante sobre todas estas características, condiciones, accesos, ventajas, servicios de uno u otro régimen pensional ilustrado de manera adecuada, incluso con los traslados entre el régimen de ahorro individual a Horizonte y su retorno a Porvenir. En ese sentido, estimó que si bien en este caso se evidencia que el traslado de régimen pensional efectuado en mayo de 1997, se dio sin el deber de información lo que llevaría a una

ineficacia del traslado, también lo es que el demandante disfruta desde el 1° de diciembre de 2017 una pensión de vejez bajo la modalidad de retiro programado administrada por Porvenir S.A., circunstancia que de acuerdo con la reciente sentencia de la Corte Suprema de Justicia, no permite volver las cosas al mismo estado en que hallarían de no haber existido el acto de traslado, como quiera que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico que no es razonable revertir o retrotraer. Que cuando se adquiere el estatus de pensionado por la ocurrencia del riesgo social amparado, la relación contractual reglada con la AFP cambia del aseguramiento al cubrimiento del riesgo haciendo constitucional e inviable que un régimen pensional, incluso una administradora de pensiones a la que no estuvo vinculado el asegurado al momento de materialización del siniestro, asuma la carga prestacional. De otro lado, recordó que la Corte considera que lo procedente de un pensionado que se haya visto lesionado en la cuantía de la pensión por incumplimiento del deber de información por culpa de la AFP, tienen derecho a demandar a la indemnización total de perjuicios a título de sanción para que el juez adopte las medidas compensatorias que juzgue convenientes según la situación particular del afectado para el pleno y satisfactorio restablecimiento de los derechos conculcados, lo cual no es caso de marras.

RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada judicial de la parte actora interpuso recurso de apelación, el cual sustentó señalando que no debe desconocerse la condición de trabajador y el sistema protector de las normas laborales en relación con una persona que solo tiene su fuerza de trabajo en relación con los actores del sistema financiero que son quienes manejan el capital. Que resulta evidente dentro del proceso el poderío y la fuerza económica de los fondos de pensiones y la cantidad de dinero que se ha capitalizado en relación con el valor que tenía el señor Carlos Zuluaga en su mesada pensional, no se puede desconocer el capital de \$369.750.791. Que se debe mirar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en relación con las hipótesis que allí plantea en relación con el desfinanciamiento o el peligro al sistema pensional que se vaya a ver debilitado por el hecho del regreso del demandante al RPMPD; que no hay que dejar de lado la situación del demandante que no se trata de una pensión de invalidez ni de una pensión de sobreviviente en la que se hubiese tenido que contribuir por algunas de las reaseguradoras en el capital que se iba a realizar la pensión, era un capital suficiente en relación con el valor que está devengando y que es lo que está ahorrado en la cuenta, insistiendo que el sistema de seguridad social, al contrario, de haberse deteriorado, se vería beneficiado con el capital que regresaría el demandante porque si se está hablando de una pensión de \$1.300.000 aproximadamente

que le está pagando desde el 04 de diciembre de 2017, es evidente que eso no afecta para nada, ni deteriora, ni merma el capital que se le está pagando en la pensión de ahorro programada. Que es evidente el incremento del capital, y también es viable revisar el contrato de ahorro programado realizó con el demandante con el fondo en el que es evidente las cláusulas «desprotectoras» y a favor del fondo que evidencian el derecho de ellos a percibir por concepto de administración del capital el 1% respecto de los capitales mientras que para el trabajador, el valor de la pensión solamente es el valor de la unidad constante y los incrementos de acuerdo al IPC más 4 puntos, revisar eso y en este caso específico que el demandante no está poniendo en peligro el sistema financiero si llegare a regresar al RPMPD, siendo evidente dado el capital con el que cuenta y todo lo que se incrementó en relación con el que tenía en el momento en que se pasó al fondo. Que pretender y aceptar la decisión de la Corte en este sentido *que es muy clara como lo dijo la señora juez en poner de presente que si se trata de una rentabilidad mínima*, que si se trata de la pensión mínima de garantía, la cantidad de hipótesis que contempla la sentencia de la Corte donde busca la protección del sistema pensional teniendo en cuenta que esa devolución y que esos recursos inevitablemente generarían un déficit financiero en el RPMPD, no es la situación que se está planteando en este asunto, para febrero de 2016 el demandante tenía un capital de \$225.814, en el 2017 de \$303.184 y en el 2019 de \$369.750.791, entonces no se trataba de proteger el RPMPD, si no deteriorarlo porque donde este capital esté ingresando al RPMPD, aumentaría el valor de la mesada pensional y de las cuotas de solidaridad que se verían beneficiadas las personas de bajos recursos. Agregó, no es posible entrar a dejar de lado el valor que tiene que recibir el demandante para su cuenta individual los valores recibidos de primas; suma que necesariamente incrementará el capital, en este caso consideró es particular, porque aún no se ha perfeccionado el traslado del demandante, si el fondo Porvenir hubiese realizado actividades tendientes a traer el capital que tenía, hubiese realizado una actividad diligente tendiente a que se allegara ese capital a esa cuenta individual, por ende consideró que el hecho de que el demandante con base en el contrato de ahorro programado que milita en el expediente, esté devengando la mesada pensional en el sistema de ahorro programado, no amerita para que se le niegue la ineficacia, pues reitera que los capitales son suficientes y el demandante no recibió en relación con la renta vitalicia la suficiente capacitación; que él mismo solicitó que se le informara sobre esto y el fondo le negó esa información, simplemente le dijo que le iba a dar la pensión en el ahorro programado, ahorro programado que de acuerdo al capital no se ha desgastado lo suficiente y apenas ínfimamente podría haber afectado los rendimientos y los intereses que estos capitales le han producido al fondo pensional, reiterando, el dueño del sistema

financiero frente a la debilidad y la doble condición en la que se encuentra el trabajador de ser un simple trabajador que es beneficiario y que por ley es protegido por las normas laborales y además es un usuario del sistema financiero que también se ve desprotegido al vaivén de los rendimientos financieros y de los movimientos de capital y de los riesgos que se están adquiriendo y en un riesgo que no está en contra del trabajador sino a favor y son las situaciones que considera no se vieron en la sentencia de primera instancia ni tampoco las contempló la Corte Suprema de Justicia, por eso debe revocarse la sentencia teniendo en cuenta que el valor del capital y todos los movimientos, financieros, económicos que se han dado alrededor de la cuenta individual del trabajador, superan ampliamente el derecho de él a percibir una pensión en Colpensiones y que el capital no estaría en detrimento del sistema pensional.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la parte demandante presentó alegatos solicitando se revoque la sentencia de primera instancia. Las accionadas por su parte, solicitaron su confirmación.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación del aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias CSJ SL2208-2021, SL2209-2021, SL5174-2021, CSJ SL5205-2021, SL5188-2021, SL5280-2021, SL4865-2021, en entre otras, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que en los procesos judiciales en los que se ventila la nulidad y/o ineficacia de traslado de régimen pensional, la carga de la prueba se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, las cuales deben acreditar la debida y oportuna información a los afiliados, lo cual constituye doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001 y dada la nueva composición de la Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia viene manteniendo este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente,

en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, la decisión sobre esta problemática se adoptará conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 que el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicios cotizados antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C- 789 de 2002.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de casación referidas que, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado de régimen, suministraron de forma completa la información íntegra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida, entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta

la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose así, que se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional de la asesoría, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado PROTECCIÓN S.A. aportando medios de prueba que permitan constatar la información suministrada al afiliado, respecto a las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Todo lo anterior, con independencia de que el afiliado sea o no beneficiario del régimen de transición o contará con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debe suministrar al momento del traslado de régimen pensional.

Sin perjuicio del anterior escenario y del marco de referencia decisional descrito, pero ya descendiendo al caso de autos, se evidencia que el hoy demandante en efecto cotizó al RPMPD ante el ISS entre el 09 de marzo de 1981 y el 30 de junio de 1997 (fl. 48). Por otra parte, el 22 de mayo de 1997, suscribió formulario de afiliación a PORVENIR S.A. (fl.224); el 08 de noviembre de 2017 el actor presentó solicitud de prestaciones económicas (pensión de vejez anticipada) y suscribiendo, además, contrato para adopción de la modalidad de pensión de retiro programado sin negociación del bono pensional, así como el contrato de retiro programado para el pago de mesadas pensionales. En ese orden, el 20 de septiembre de 2018 se expidió por la AFP PORVENIR S.A. comunicación donde le informa al actor que *su solicitud de pensión de vejez* había sido aprobada, siendo el valor de la mesada para el año 2017 de \$1.197.734 (fls. 270 a 302). Aspectos que por demás no fueron controvertidos por el accionante. Respecto a dicho reconocimiento pensional por vejez y desde esa fecha, se advierte que el actor dejó de ostentar la calidad de afiliado, pues se consolidó a su favor el derecho pensional.

Frente a la condición de pensionado del demandante, esta Sala de Decisión ha sido reiterativa en el sentido de indicar que la ineficacia del traslado opera para quienes ostentando la calidad de *afiliados*, hayan suscrito el respectivo formulario, sin que la AFP haya cumplido en debida forma la obligación de información y asesoría que les corresponde, relación de *afiliación* que es la que otorga el ingreso del trabajador dependiente o independiente en el sistema de seguridad social integral, y de la cual surgen derechos y obligaciones de la seguridad social.

Al respecto, es menester acotar que la Corte Constitucional en sentencia T-235 de 2002, señaló que «*La precisión del concepto “afiliación” también se encuentra en la teoría de la seguridad social. Tratándose de pensión de jubilación, la afiliación es un acto que se produce una sola vez en la vida del interesado, al ingresar al trabajo, por consiguiente, la afiliación no es repetible, es vitalicia. Habrá, como es obvio, situaciones en las que se está trabajando (a esto se denomina “alta”, y aquéllas en que no lo está (se denomina “baja”)*».

Ahora bien, el accionante al haber aceptado la pensión que le fuera reconocida por la AFP PORVENIR S.A. dejó de ostentar la calidad de afiliado, para consolidarse en su favor la condición de *pensionado* por vejez en los términos y modalidades seleccionadas en el RAIS; precisándose que las calidades de *afiliado* y *pensionado* resultan relevantes en materia pensional, entre otros aspectos, por cuanto ha sido un criterio de referencia a considerar en materia de movilidad en el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones. Verbigracia, el artículo 107 de la Ley 100 de 1993 permite la transferencia voluntaria del valor de la cuenta individual de ahorro pensional a otro plan de capitalización o trasladarse a otra entidad administradora, evento que opera bajo la condición que el afiliado «*no haya adquirido la calidad de pensionado*», normativa que fue declarada exequible en la sentencia C-841 2003, señalando que «*Permitir el traslado de una entidad administradora de pensiones a otra, una vez se ha adquirido la calidad de pensionado puede poner en riesgo la sostenibilidad del sistema, aumentar los costos de los servicios administrativos y financieros, y desestimular la obtención de mayores niveles de rentabilidad a través de inversiones de mediano y largo plazo, dado que la posibilidad de traslado quedaría sujeta al capricho del pensionado*». (Resaltado propio).

En ese orden de ideas, estima la Sala de Decisión en este evento que, el hecho de haber solicitado y aceptado la pensión de vejez en el RAIS hizo perder al demandante la calidad

de afiliado, aunado a que dicho reconocimiento data del mes de diciembre de 2018, con anterioridad a la presentación de la demanda, tiempo durante el cual se ha beneficiado de la prestación económica, por lo que no se puede estimar que su derecho pensional se haya visto restringido o conculcado, como presupuesto para acceder a las pretensiones formuladas.

Por otra parte, debe referirse que los precedentes de la SL CSJ en materia de personas que habían adquirido el derecho pensional contienen supuestos fácticos diferentes al del presente evento. En efecto, la SL CSJ en sentencia con Radicación No. 31314 del 9 de septiembre de 2008 trató el caso de un pensionado quien se trasladó del RPM al RAIS cuando había cumplido 62 años de edad y se encontraba, por ende, en la prohibición legal de trasladarse, situación fáctica disímil del presente evento, en el cual, el accionante verificó el traslado cuando le faltaban más de 17 de años de edad para poder acceder a la prestación de vejez.

En el presente evento, el accionante para la fecha de su traslado del RPM al RAIS no tenía prohibición legal alguna para verificarlo al faltarle más de 23 años para llegar a la edad mínima para acceder al reconocimiento pensional en el RPM, pese a lo cual, una vez en el RAIS el actor aceptó libre y voluntariamente la pensión anticipada ofrecida por PORVENIR S.A. en la modalidad de retiro programado de la que viene disfrutando, incluso desde antes de presentar la demanda que ocupa la atención de la Sala.

Desde otra perspectiva, la SL CSJ en sentencia con radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, también analizó el caso de una persona que había adquirido la pensión de vejez en el RAIS, señalando que *«es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención»*, supuesto fáctico que también es disímil al del presente evento, pues se reitera, el accionante en este juicio no había consolidado su derecho a la pensión de vejez en el RPM para la fecha del traslado en 1997, al faltarle para el efecto 23 años para alcanzar la edad exigida.

En ese orden de ideas, como esta acción judicial no es formulada por un afiliado, sino por

quien ya alcanzó el derecho pensional, verificándose el traslado al RAIS sin que medie en su caso en particular una prohibición legal para retornar al RPM, como acontece en los antecedentes jurisprudenciales antes esbozados y, el hecho de haber diligenciado y aceptado la pensión del RAIS a través de la AFP PORVENIR S.A. e, incluso, contando con su consentimiento al suscribir el contrato de administración de mesadas pensionales bajo la modalidad de retiro programado con PORVENIR S.A., impiden acceder a la nulidad y/o ineficacia de su traslado de régimen pensional cuando era afiliado del sistema de seguridad social en pensiones, al no detentar ya el estatus jurídico de afiliado del sistema pensional, pues esa calidad la perdió cuando adquirió la calidad o condición de pensionado, con lo cual se presenta una clara e inequívoca inexistencia del derecho reclamado.

Lo anterior, al margen de la argumentación formulada en la alzada que en modo alguno tiene la entidad suficiente para modificar el criterio antes expuesto, precisándose que las condiciones de la pensión reconocida, su modalidad o las características propias de esta modalidad en la que le fue reconocida no son objeto de este proceso, de ahí que no puedan salir avantes en este estadio procesal.

Recientemente la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia avaló esta postura decisonal, en tanto y en cuanto «...*Para la Corte la respuesta es negativa, puesto que si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (...), lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer (...). No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto*»¹.

En ese sentido, queda resuelto el recurso de apelación. De tal modo que se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

¹ SL373-2021 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral.

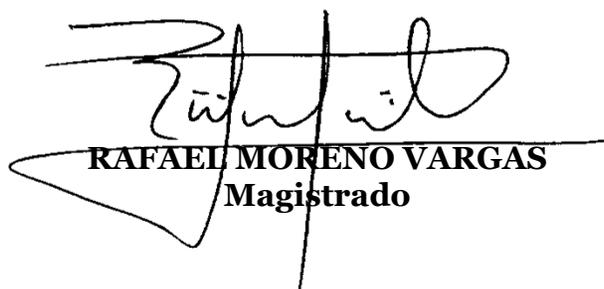
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, según los argumentos expuestos en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron. Las de primera instancia, corren a cargo de la parte actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTROYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C. – SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022)

**PROCESO ORDINARIO LABORAL de BLANCA CECILIA SANABRIA
BECERRA contra AMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS -PROTECCIÓN S.A.- Y ERIKA PATRICIA BELTRAN PARRA.
Rad. 110013105-024-2017-00486-01.**

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuestos por el apoderado judicial de la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá, el día 17 de noviembre del 2021.

ANTECEDENTES

La señora **BLANCA CECILIA SANABRIA BECERRA** pretende se declare que es beneficiaria de la pensión de sobreviviente, causada por su fallecido hijo ANWAR DAVID SALOMON SANABRIA, de conformidad con lo establecido por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 y, por tanto, PROTECCION S.A. debe reconocérsela a partir del 07 de mayo de 2016 con su respectivo retroactivo pensional y el correspondiente descuento al sistema de salud; asimismo, solicita se condene al pago de intereses moratorios, costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, relató que fue madre de ANWAR DAVID SALOMON SANBRIA, de quien dependió económicamente hasta el

día de su muerte, la cual fue ocasionada por un accidente de tránsito en la ciudad de Puerto López- Meta el día 07 de mayo de 2016, anotando que en vida era soltero, sin unión marital de hecho ni sociedad conyugal vigente, sin hijos hasta su fallecimiento; manifestó que su hijo fallecido laboraba en la Alcaldía de Puerto López Meta, donde estuvo afiliado al Sistema de Seguridad Social en Pensiones en la AFP PROTECCIÓN S.A. de diciembre de 2003 a mayo de 2016, registrando un total de 304.29 semanas cotizadas. Del mismo modo, explicó que el 14 de septiembre de 2016 presentó ante la AFP PROTECCION solicitud de pensión de sobrevivientes causada por su fallecido hijo, de lo cual obtuvo respuesta negativa el 25 de enero de 2017, bajo el argumento que existe otra persona con mejor derecho para recibir dicha prestación, esto es, la señora Erika Patricia Parra Beltrán en calidad de compañera permanente; no obstante, mediante escrito de fecha 31 de enero del 2017 solicitó a la AFP PROTECCION solicitud de reconsideración a la anhelada petición, sin embargo, el 04 de julio de 2017 la AFP PROTECCION confirmó su decisión (Fls. 30 a 37).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

PROTECCION S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones de la demanda, argumentando para tal efecto que ha actuado de conformidad con las normas que regulan el Sistema General de Pensiones, en especial, las que establecen los requisitos que deben cumplir quienes reclamen la pensión de sobrevivientes en calidad de compañeros permanentes y de padres del causante, precisó que no ha desconocido el derecho a la pensión, de hecho, manifestó que lo reconoció a la compañera permanente del causante, señora ERIKA PATRICIA BELTRÁN PARRA, pues encontró demostrada suficientemente su calidad de beneficiaria de mejor derecho, del afiliado ANWAR DAVID SALOMÓN SANABRIA. Finalmente, señaló que su conducta se ajustó estrictamente a lo establecido en las disposiciones legales que regulan su actividad, razón por la cual no le asiste razón a la demandante al solicitar para ella el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes. Como excepciones de fondo, presento las «ausencia de la calidad de beneficiaria de la pensión», «inexistencia de la obligación», «cobro de lo no debido», «buena fe», «prescripción» y «la genérica» (fls. 52 a 55).

Por su parte, la señora **ERIKA PATRICIA BELTRAN PARRA** contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones de la demanda argumentando que tiene derecho a la misma, debido a la vida marital reconocida en Sentencia del 13 de julio de 2017 por el Juzgado Promiscuo de Familia de Puerto López Meta, proceso dentro

del cual se notificó como lo establece la ley a la señora BLANCA CECILIA SANABRIA BECERRA. Se abstuvo de presentar excepciones, manifestando que se declaren las que oficiosamente se consideren pertinentes y se condene en costas a la actora (Fls. 78 a 79).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia proferida el día 17 de noviembre del 2021, absolvió a las demandadas de las pretensiones incoadas por la demandante y la condenó en costas a favor de las accionadas.

Para arribar a la anterior conclusión señaló que, por regla general la disposición legal que regula la prestación económica en discusión, corresponde a la que se encuentre vigente al momento de la estructuración de la contingencia, que de acuerdo a la CSJ, es la contenida en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, que en su art. 73 estipula los requisitos para la causación de la pensión de sobrevivientes, los cuales destacó se encuentran superados, al evidenciar en su historia laboral que el fallecido cotizó más de 50 semanas dentro de los tres años anteriores a su muerte, siendo reconocida la prestación por parte de la demanda AFP PROTECCION S.A. el 07 de mayo de 2016 a la señora ERIKA PATRICIA BERNAL PARRA bajo la calidad de compañera permanente. Manifestó que, con ocasión a que la demandante en calidad de madre del fallecido solicitó se le reconozca como beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, en principio se hace necesario por parte de la madre, de acuerdo a lo establecido en el art. 167 del CGP, en concordancia con los arts. 40,48 y 145 del CPTSS, que tal condición se pruebe. Expuso que según las pruebas documentales y testimoniales aportadas por la demandante, la accionante no logró derruir la presunción del buen derecho frente al reconocimiento de la prestación pensional que disfruta la señora ERIKA BELTRAN PARRA, dado que las declaraciones extrajuicio aportadas no tienen certeza de que conociesen en detalle la relación fruto de la unión marital de hecho objeto de la controversia; aunado a ello, explicó que tampoco se cumplen los requisitos de que trata el art. 191 del CGP, en lo atinente a la confesión, evidenciando evasivas al responder las preguntas formuladas por los extremos de la litis y el Despacho, mientras que la demandada se limitó a reafirmar la condición de compañera permanente y el tiempo de convivencia alegado desde la contestación de la demanda, manteniendo los aspectos por medio de los cuales la AFP PROTECCION motivó la decisión de otorgarle el derecho pensional a la señora ERIKA PATRICIA BELTRAN PARRA. Dicho lo anterior, mencionó que, ante la ausencia de material

probatorio que dé cuenta de la titularidad del derecho reclamado por la accionante se debe absolver a las demandadas. Finalmente arguyó que, en cuanto al requisito de la dependencia económica, precisó que es infructuoso estudiarlo para determinar si la accionante es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes de su hijo, ya que, ante la presencia de una persona con mejor derecho, que para el caso es la compañera permanente del fallecido, se excluye que la actora pueda acceder a lo pretendido.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de la parte actora, apeló la decisión solicitando sea revocada en su integridad, y en su lugar se le reconozca la pensión de sobrevivientes a la demandante en su calidad de madre del fallecido; argumentando para tal efecto que, contrario a lo que manifiesta la A quo, el señor JHON JAIRO PERDOMO en su declaración extraprosal justificó plenamente lo dicho, en el entendido que la demandada ERIKA PATRICIA BELTRAN PARRA y el causante, convivieron desde el año 2014 hasta 2016 en vista de un disgusto, por lo que la señora ERIKA PATRICIA BELTRAN PARRA se mudó con los bienes que tenía en el apartamento que compartía con el causante, y dado que, como se expuso en la motivación del fallo, no hay exigencia de convivencia en el tiempo, es necesario que se acredite la conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia, vigente al momento de la muerte, tal como lo señala la Sentencia de la CSJ en SCL Rad. 2131605 del 14 de junio, lo que no se evidenció probatoriamente, por el contrario, manifestó que en el interrogatorio de parte de la señora ERIKA PATRICIA BELTRAN PARRA se demostró que no había interés de convivencia ni de ayuda espiritual, mucho menos de conformar una familia como se establece constitucionalmente.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las demandadas presentaron alegatos de conclusión solicitando se confirme la decisión en los términos indicados en la alzada. La demandante guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no observando causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Sala de Decisión, determinar si a la

demandante le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en calidad de beneficiaria del fallecido ANWAR DAVID SALOMÓN. De resultar ello procedente, se definirá en qué términos y con que alcance se impartirá la condena.

CONSIDERACIONES

Para desatar el problema jurídico así planteado, se ha de precisar que es un hecho indiscutido dentro del proceso, que el señor ANWAR DAVID SALOMÓN SANABRIA falleció el 07 mayo de 2016, conforme se acredita con el registro civil de defunción que obra a folio 10 del plenario. Tampoco se discute que aquel dejó configurado el derecho a la pensión de sobrevivientes, prueba de ello, es que la AFP PROTECCIÓN le reconoció la pensión de sobrevivientes a la señora ERIKA PATRICIA BELTRÁN PARRA en calidad de compañera permanente supérstite del causante (fls. 56 a 64 y 66 a 68), siendo éste el motivo por el cual denegó la prestación a la hoy demandante en calidad de madre del fallecido.

De acuerdo con los anteriores hechos probados, el estudio del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes debe realizarse según los requisitos exigidos por el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, por ser esta normativa la vigente al momento del fallecimiento de la causante, preceptiva que establece en su literal d) que a falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de éste.

Para entrar a estudiar el recurso de apelación presentado por la apoderada de la parte actora, conviene precisar que conforme con el literal e) de los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, los padres del causante son beneficiarios siempre que no exista «**cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho**». Vale decir, cuando, a pesar de existir cónyuge, compañero permanente e hijos, éstos no cumplan los requisitos para tener derecho a la pensión, es deber del juzgador seguir agotando el orden de prelación legal de los beneficiarios incorporado en esas normas, así lo razonó la Sala de Casación Laboral en sentencia CSJ SL6390-2016, donde además se advirtió que esto puede darse «*en situaciones tales como cuando el cónyuge no tiene la convivencia mínima [...] con el causante y no hay hijos de por medio, o cuando estos son mayores de edad y no se encuentran estudiando, o superan los 25 años de edad. En estos casos, adviértase que, a pesar de existir beneficiarios, éstos no tienen derecho a la pensión por no cumplir los*

*requisitos legales y, por este motivo, **debe seguirse agotando el orden de prelación hasta llegar a los padres que dependan económicamente del causante o, en su defecto, a los hermanos inválidos**».*

De tal modo pues, que en este caso específico para que la compañera permanente o los hijos (en caso de haberlos y que no ocurre en el sub lite) excluyan a los padres, es necesario que tenga derecho a la pensión, es decir que satisfaga a cabalidad los requisitos legales en uno y otro caso. Aspectos estos que en principio se encuentran satisfechos por parte de la señora Erika Beltrán en la medida que, la AFP accionada le reconoció la prestación por sobrevivencia al acreditarse el requisito de convivencia con el obitado, de ahí que en ese orden, no resulte viable de entrada, definir si la madre del causante acredita los requisitos para tener derecho a la sustitución pensional al ser excluida legalmente, salvo demostración en contrario respecto de la convivencia demostrada ante la AFP, lo cual pasará a verificarse para concluir que no se demostró por parte de la demandante.

En efecto, recordemos que para la demostración de la convivencia efectiva con el causante, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, se exige, tanto para el cónyuge como para el compañero supérstite acreditar un tiempo de convivencia no inferior a 5 años anteriores a la muerte de la asegurada o pensionada fallecida, así como también exige que los beneficiarios a la fecha del deceso tengan 30 o más años de edad.

No obstante lo anterior, la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, recientemente en sentencia CSJ SL1730-2020 del tres (3) de junio de dos mil veinte (2020), fijó *«el verdadero alcance de la disposición acusada, a la luz del precepto constitucional de favorabilidad, in dubio pro operario, esto es, que la convivencia mínima de cinco (5) años, en el supuesto previsto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, solo es exigible en caso de muerte del pensionado»*, para lo cual, morigeró igualmente el rigorismo en el sentido de precisar que *«no hay lugar a efectuar ninguna distinción entre beneficiarios de un mismo tipo de causante, para el caso un afiliado, esto es, según la forma en la que se constituya el núcleo familiar, si lo es por vínculos jurídicos o naturales, en tanto éste, es decir, el núcleo familiar, es lo que protege el Sistema General de Seguridad Social. Así lo recordó la Corte Constitucional, en el análisis de constitucionalidad efectuado al art. 163 de la Ley 100 de 1993, antes de ser modificado por el art. 218 de la Ley 1753 de 2015, en la sentencia CC C-521-2007, que en torno al concepto de familia y*

su protección sin discriminación, en consideraciones que se avienen al Sistema Pensional».

Advirtió igualmente el Alto Tribunal, lo siguiente:

*«...de la redacción del precepto legal, se itera, el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el art. 47 de la Ley 100 de 1993, se advierte con suma claridad y contundencia que **la exigencia de un tiempo mínimo de convivencia de 5 años allí contenida, se encuentra relacionada únicamente al caso en que la pensión de sobrevivientes se causa por muerte del pensionado**; una intelección distinta, comporta la variación de su sentido y alcance, toda vez que, no puede desconocerse tal distinción, que fue expresamente prevista por el legislador en la norma acusada (...)*

Desde la expedición de la Ley 100 de 1993, ha sido clara la intención del legislador al establecer una diferenciación entre beneficiarios de la pensión de sobrevivientes por la muerte de afiliados al sistema no pensionados, y la de pensionados, esto es, la conocida como sustitución pensional, previendo como requisito tan solo en este último caso, un tiempo mínimo de convivencia, procurando con ello evitar conductas fraudulentas, «convivencias de última hora con quien está a punto de fallecer y así acceder a la pensión de sobrevivientes», por la muerte de quien venía disfrutando de una pensión.

La evidente y contundente distinción efectuada por el legislador en el precepto que se analiza, comporta una legítima finalidad, que perfectamente se acompasa con la principal de la institución que regula, la protección del núcleo familiar del asegurado o asegurada que fallece, que puede verse afectado por la ausencia de la contribución económica que aquel o aquella proporcionaba, bajo el entendido de la ayuda y soporte mutuo que está presente en la familia, que ya sea constituida por vínculos naturales o jurídicos, que en todas sus modalidades se encuentra constitucionalmente protegida, como núcleo esencial de la sociedad (art. 42 CN).

*En este punto resulta necesario precisar, que conforme al análisis hasta aquí efectuado, de lo dispuesto en el **literal a)** del art. 13 de la Ley 797 de 2003, **para ser considerado beneficiario de la pensión de sobrevivientes, en condición de cónyuge o compañero o compañera permanente superstite del afiliado al sistema que fallece, no es exigible ningún tiempo mínimo de convivencia**, toda vez que con la simple acreditación de la calidad exigida, cónyuge o compañero (a), y **la conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte**, se da cumplimiento al supuesto previsto en el literal de la norma analizado, que da lugar al reconocimiento de las prestaciones derivadas de la contingencia, esto es, la pensión de sobrevivientes, o en su caso, la indemnización sustitutiva de la misma o la devolución de saldos, de acuerdo al régimen de que se trate, y el cumplimiento de los requisitos para la causación de una u otra prestación.*

(...)

Por último, se precisa que, aunque aparentemente la diferenciación implícita en la disposición analizada surge discriminatoria, a la luz de lo

dispuesto en el art. 13 de la CN ello no puede entenderse así, por cuanto la igualdad solo puede predicarse entre iguales, debiendo justamente establecerse para salvaguardar ese principio, la diferencia de trato entre desiguales.

En este caso, el elemento diferenciador lo constituye la condición en la que se encuentra el asegurado causante de la prestación, de un lado, el afiliado que está sufragando el seguro para cubrir los riesgos de invalidez, vejez y muerte, que no tiene un derecho pensional consolidado, pero se encuentra en construcción del mismo, y para dejar causada la pensión de sobrevivientes requiere el cumplimiento de una densidad mínima de cotizaciones prevista en la ley.

Por otra parte, el pensionado, que con un derecho consolidado, deja causada la prestación a los miembros de su núcleo familiar con el solo hecho de la muerte, circunstancia en la que adquiere relevancia la exigencia de un mínimo de tiempo de convivencia, se itera, para evitar fraudes al sistema pensional, proteger su núcleo familiar de reclamaciones artificiosas y contener conductas dirigidas a la obtención injustificada de beneficios económicos del Sistema, cuya sostenibilidad debe salvaguardarse de tales actuaciones, precisamente para que sea posible el cumplimiento de los fines para los cuales fue previsto». <Resaltados fuera del texto>.

Tal criterio, ha sido ratificado en las sentencias CSJ SL3843-2020, SL3626-2020, SL4606-2020, SL414-2021, SL362-2021 y SL1905-2021, en esta última precisamente se reiteró que *«desde la expedición de la Ley 100 de 1993, ha sido clara la intención del legislador al establecer una diferenciación entre beneficiarios de la pensión de sobrevivientes por la muerte de afiliados al sistema no pensionados, y la de pensionados, esto es, la conocida como pensión de sobrevivientes por sustitución pensional, previendo como requisito tan solo en este último caso, un tiempo mínimo de convivencia, procurando con ello evitar conductas fraudulentas, «convivencias de última hora con quien está a punto de fallecer y así acceder a la pensión de sobrevivientes», por la muerte de quien venía disfrutando de una pensión».*

En ese orden de ideas, para ser considerado beneficiario de la prestación por sobrevivencia, en condición compañero o compañera permanente supérstite respecto del afiliado al sistema que fallece, no es exigible ningún tiempo *mínimo* de convivencia, sino que, debe acreditarse tal calidad y la conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte, sin que haya lugar a efectuarse distinción alguna entre el tipo de beneficiarios, acreditándose en todo caso, también la presencia de ese vínculo dinámico y actuante de solidaridad y acompañamiento espiritual o económico, aún en la separación, toda vez que sólo ante la demostración del perjuicio que causa la ausencia del pensionado

o afiliado fallecido, puede colegirse que su muerte le ha generado la carencia económica, moral o afectiva, que es la que busca atender la seguridad social y que justifica su intervención (sentencia SL 11536 de 2017).

De conformidad con los parámetros legales y jurisprudenciales expuestos, de entrada, se avizora por parte de la Sala que la señora Erika Beltrán sí cumplió los requisitos que allí se exigen y por su supuesto la parte actora, madre del causante, no pudo derruir la conclusión a la que arribó la administradora de pensiones al conceder la prestación por sobrevivencia.

Ciertamente, lo primero que se aprecia es que la señora Beltrán aportó la sentencia del 07 de junio de 2016 proferida por el Juzgado Promiscuo de Familia del Circuito de Puerto López (fls. 80 a 88), mediante la cual se declaró la Unión Marital de Hecho entre el fallecido Anwar David Salomón Sanabria y justamente la señora Erika Patricia Beltrán como compañeros permanentes, *«desde el 17 de septiembre de 2011 hasta el 7 de mayo de 2016»*, proceso al cual fue convocada la hoy demandante, empero no se hizo parte del mismo, según da cuenta la referida providencia.

Frente a ello, considera la Sala que tal como lo ha estimado la Sala de Casación Laboral, *«si bien los artículos 1º y 2º de la Ley 54 de 1990 reglamentan la unión marital de hecho, tal regulación no puede aplicarse en materia de pensión de sobrevivientes no sólo porque al delimitar su objeto dicha ley lo restringe a «los efectos civiles» que no de la seguridad social, sino porque la noción de compañero permanente para determinar el derecho a la pensión de sobrevivientes, se encuentra definida en el artículo 29 del Acuerdo 049 de 1990 (CSJ SL 25 may. 2010, rad. 33136), reiterada en la SL1618-2018.*

Así pues, aunque lo decidido en aquel proceso no necesariamente ata al Juez Laboral para efectos de las prestaciones que otorga el sistema de seguridad social integral, y en ese orden, para demostrar la convivencia no es necesario que se declare la misma judicialmente, lo que debe demostrarse entre otros aspectos en el juicio laboral, es la convivencia real y efectiva entre la pareja, que en efecto es lo que configura el derecho pensional por sobrevivencia y por el término legalmente establecido. Por lo que en este, caso, conforme al acervo probatorio recaudado, la Sala no puede llegar a conclusiones disímiles a las que se vertieron en la referida sentencia de la Jurisdicción de Familia, con la salvedad anotada, pues ciertamente, allí se hizo un análisis probatorio que entre otras aspectos verificó el tiempo en que

la familia inició la aludida convivencia, teniendo en cuenta entre otras pruebas, el interrogatorio de la actora, así como el de una persona cercana a la pareja, compañera de trabajo del fallecido en la Alcaldía del Municipio de Puerto López, sin que pudiera derivarse tal convivencia más allá de la declarada judicialmente. E, incluso, con el testimonio de la señora AIDA STELLA REY DÍAZ no es posible desvirtuar lo allí decidido, por el contrario, de ahí también puede vislumbrarse que entre el fallecido y la señora Beltrán sí existió una relación de compañeros permanentes por al menos durante dos años, empero vale decir que varios de sus dichos corresponden a hechos que le comentó la señora demandante y no porque tenga conocimiento directo de ello, aspecto que no hace totalmente creíble su testimonio.

Con relación a la declaración extra proceso que reposa a folio 22, rendida ante la Notaría Única del Círculo de Puerto López (Meta) por parte del señor JON JAIRO PERDOMO, estima la Sala que no tiene la entidad suficiente para derruir la convivencia de la pareja, pues si bien indica que era el arrendador del apartamento donde convivían el finado Anwar Salomón con la señora Beltrán desde finales de febrero de 2014 hasta el mes de febrero de 2016, porque ésta última «*sacó su trasteo*» y por ello sostuvo que desde ese momento él vivió sólo hasta el día de su fallecimiento, lo cierto es que no existen elementos de convicción que en efecto den cuenta de lo dicho por el declarante, por lo que de manera pura y simple no es dable tomar lo dicho para derruir, esto es, determinar si en efecto era la persona quien dice ser propietario de la vivienda o la respectiva demostración de que sí le había arrendado al hoy fallecido, con lo cual su dicho no resulta suficiente para derruir la convivencia concluida en la aludida sentencia; y desde luego, que del análisis del interrogatorio de parte rendido por la señora Érika Beltrán, no se desprende confesión alguna que desdibujen dicha convivencia.

En razón de lo expuesto, se confirmará la decisión de primer grado, por cuanto llegó a similares conclusiones a las que aquí se obtienen. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

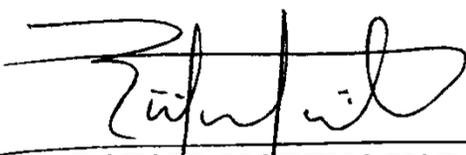
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, de conformidad con los argumentos expuestos en la presente providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibidem en concordancia con el artículo 40 ídem.


RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C. – SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por MIGUEL ALFONSO ROMERO CAICEDO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-. Rad. 110013105-026-2019-00148-01.

Con la finalidad de resolver el grado jurisdiccional de consulta, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte actora, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 02 Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá el día 04 de agosto de 2021.

ANTECEDENTES

El señor **MIGUEL ALFONSO ROMERO CAICEDO**, como pretensiones principales, deprecia se declare que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES debe reliquidar su pensión de vejez, teniendo en cuenta el valor real de las cotizaciones realizadas durante toda su vida laboral, de conformidad con lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 aplicando el principio de favorabilidad de la norma, y de igual modo, se declare que COLPENSIONES debe reconocer la diferencia existente entre el valor reconocido por concepto de mesadas pensionales y el valor producto de la reliquidación de la pensión, ello debidamente indexado con sus incrementos pensionales causados desde la fecha de reconocimiento de la pensión, y así también se reajuste su primera mesada pensional. Por último, se condene en costas, así como lo que resulte ultra y extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, señaló que prestó sus servicios como empleado en varias empresas privadas desde el 16 de enero de 1967 al 28 de mayo de 1996, donde le fueron realizados los descuentos para pensión con destino al INSTITUTO DEL

SEGURO SOCIAL –ISS- hoy COLPENSIONES, quien le reconoció la pensión de vejez por medio de la Resolución No 102599 del 15 de marzo de 2010. Indicó que al momento de establecer el monto de la mesada pensional tomó el promedio de los últimos diez años de cotización aplicando una tasa de reemplazo del 87%; adujo que acumuló un total de 1.258 semanas de cotización a COLPENSIONES y por haber cotizado más de 1.250 semanas, es beneficiario de la revisión de la liquidación de su pensión teniendo en cuenta el valor real de las cotizaciones realizadas en toda su vida laboral; sin embargo, COLPENSIONES al momento de reconocer su derecho pensional le aplicó el Acuerdo 049 de 1990, por lo que por medio de apoderado judicial, radicó solicitud de reliquidación pensional el 06 de septiembre de 2018 ante COLPENSIONES en procura de reliquidar su mesada pensional aplicando el principio de favorabilidad, sobre la base de lo cotizado en toda su vida laboral e incrementar la tasa de reemplazo hasta llegar al 90%, indexando los aportes pensionales; que, en respuesta, COLPENSIONES mediante Resolución No. SUB 248395 del 19 de septiembre de 2018, accedió al incremento de la tasa de reemplazo hasta llegar a un 90%, pero le negó la reliquidación de la pensión (Exp. Digital. 001. 2019 - 148 Expediente.pdf Pág. 02 – 14).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, para ello manifestó que, como quiera ya se reconoció una pensión de vejez a favor del actor y ajustada a derecho, de acceder a las pretensiones resultaría contrario y gravoso para sus intereses y beneficios. Propuso como excepciones de mérito, las de «prescripción y caducidad», «cobro de lo debido», «inexistencia del derecho y de la obligación», «buena fe» y «declaratoria de otras excepciones». (Exp. Digital. 001. 2019 - 148 Expediente.pdf Pág. 36- 40).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 02 Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el día 04 de agosto de 2021, negó en su totalidad las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte demandante.

Para arribar a dicha conclusión, indicó, en síntesis, que estaba fuera de la discusión que el ISS reconoció al actor pensión de vejez a partir del 05 de enero de 2010, según lo establecido en los art. 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990 y conforme a la petición de reliquidación de la pensión de vejez elevada por el demandante a COLPENSIONES, esta fue reliquidada a partir del 06 de septiembre de 2015. Explicó respecto a la omisión en la aplicación de la normativa más favorable en reliquidación de la pensión de vejez, que el

régimen de transición contemplado en el art. 36 de la Ley 100 de 1993 dispuso la aplicación de las normatividades conservando únicamente los requisitos de edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto de la prestación, dejando el IBL a lo establecido en el artículo 36 o 21 de la Ley 100 de 1993, según lo ha referido por la Casa de Casación Laboral de la H. CSJ, así como la Corte Constitucional. Adujo que, la mesada pensional se extrae del promedio de los salarios devengados en un determinado interregno temporal y de una tasa de reemplazo aplicable, por lo que reiteró que el IBL se somete a lo dispuesto en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 o en su defecto la contenida en el artículo 21 de la misma normativa. Expuso que efectuado el cálculo del IBL sobre el promedio de toda la vida de labor del accionante a enero de 2010 y aplicando una tasa de reemplazo del 90%, arroja una mesada pensional de \$1.637.062.82, con indexación a enero de 2010, pues a esa fecha el demandante causó su derecho pensional, la cual coincide con el disfrute del mismo, por lo que la cifra que reconoció COLPENSIONES es superior al cálculo efectuado, resultando inviable acceder a lo pretendido por el actor; asimismo, precisó que realizada la operación aritmética respecto del IBL de los últimos diez años de labor del demandante a enero de 2010, la cifra que reconoció COLPENSIONES también resultó superior respecto de esta.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las partes guardaron silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no observando causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Corporación establecer si procede la reliquidación de la pensión de vejez que hoy goza el demandante, en lo atinente a la forma de liquidación del IBL, y específicamente lo que refiere a la inclusión de la totalidad de los factores salariales percibidos para el efecto.

CONSIDERACIONES

Se encuentra acreditado dentro del plenario que al demandante le fue reconocida la pensión de vejez por parte del ISS, hoy Colpensiones, mediante la Resolución No. 102599 del 15 de marzo de 2010, a partir del 05 de enero de 2010, por encontrarse acreditados los requisitos del Acuerdo 049 de 1990, con un IBL de \$2.939.129 y otorgándose una tasa de reemplazo del 87% para una mesada inicial de \$2.557.042, en aplicación del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (Exp. Digital: «*GEN-ANX-CI-2018_11131986-20180906025637.pdf*»). Dicha mesada fue objeto de reajuste mediante

la Resolución SUB 248395 del 19 de septiembre de 2018 en cuantía actualizada al año 2015 en la suma de \$3.138.268 y para el año 2018 en \$3.688.321 (Exp. Digital: «*GRF-AAT-RP-2018_11131986-20180919054716.pdf*»), en dichos actos administrativos se determinó que la prestación se reconocía con el IBL del promedio de los últimos 10 años de cotizaciones, conforme al artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

Así las cosas, se procede al estudio puntual de los reparos expuestos en el líbelo inicial por la parte demandante respecto del IBL, para lo cual advierte la Sala que de manera pacífica la H. Sala Laboral de la CSJ determinó que el cálculo del IBL de las pensiones concedidas por el régimen de transición, se determinan con base en lo dispuesto por el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que establece que para quienes a 1° de abril de 1994 les faltare menos de 10 años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello. En caso de resultar más favorable el valor de la mesada pensional con base en todo el tiempo cotizado, se tomará éste, y así ha sido avalado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia¹.

En el evento de que al trabajador le faltare más de 10 años para adquirir la pensión a 1° de abril de 1994, debe aplicarse lo dispuesto por el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, esto es, el promedio de los salarios o rentas sobre las cuales ha cotizado el afiliado durante los últimos 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión de vejez. A su vez, el inciso 2° de la citada regulación permite su cálculo con base en lo devengado durante toda la vida laboral, en caso de resultarle más favorable, pero para ello debe haber cotizado más de 1250 semanas².

En ese orden de ideas acogiendo el anterior criterio jurisprudencial, se tiene que el demandante cumplió la edad de los 60 años de edad, el 05 de enero de 2010, pues nació el mismo día y mes del año 1950 (Exp. Digital: «*001. 2019 - 148 Expediente.pdf*» Pág. 29), fecha que permite colegir que la causación del derecho se generó faltándole más de 10 años contados a partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993, en su caso, al 1° de abril de 1994, situación que traduce en que la liquidación del IBL debe ser realizada de conformidad con lo reglado por el artículo 21 ibidem, situación que por la densidad de cotizaciones acreditada y aceptada por la demandada (1.258, Exp. Digital: «*HL LABORAL ACTUALIZZADA AL 18 D ENOVIEMBRE DE 2020 CC 19090387*»), viabiliza, tal como lo verificó el juez de primer grado, realizar su cálculo con base en el promedio salarial devengado en toda su vida laboral o con los últimos 10 años cotizaciones, contados desde la fecha en que se retiró del sistema de pensiones, que en este caso fue el 30 de junio de 1998, cuando dejó de prestar sus servicios como dependiente; dicho número de cotizaciones también permite concluir que al actor le asiste derecho a que la tasa de

¹ Sentencias del 23 de abril de 2003 Rad. 19459, la del 4 mayo de 2011 Rad.39127, entre otras.

² Sentencia 40552 del 1° de marzo de 2011.

reemplazo sea calculada con un 90% en los términos del artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990.

En consecuencia, en aras de determinar si el cálculo efectuado por COLPENSIONES es correcto, se procedió a realizar las operaciones de rigor con la ayuda del Grupo Liquidador asignado a esta Corporación por parte del Consejo Superior de la Judicatura, estableciéndose que para el año en que se causó el derecho y fue igualmente reconocido, esto es, al 05 de enero de 2010, el cálculo arrojó un IBL más favorable teniendo en cuenta el promedio de lo cotizado en los últimos diez años de cotización de \$3.051.393,78, al cual se le aplicó como tasa de remplazo el 90%, arrojando una mesada pensional de \$2.746.254,40 para el año 2010, cifra que es superior a la calculada inicialmente por el ISS a esa anualidad y una vez actualizada conforme a los incrementos anuales del IPC, arroja para el año 2015 la suma de \$3.181.443, ligeramente superior a la mesada pensional reajustada por COLPENSIONES a partir de esta anualidad que ascendió a la suma de \$3.138.268, razón por la cual debe accederse al reajuste deprecado y por lo tanto, habrá de revocarse la decisión de primer grado, precisando que la mesada para el año 2022 asciende a la suma de \$4.297.723,00. El cálculo efectuado por el grupo liquidador se agrega al expediente y hace parte integral de la presente decisión.

Dilucidado lo anterior, y con el ánimo de calcular el retroactivo por las diferencias causadas, se debe anotar que se encuentra configurada parcialmente la excepción de prescripción, en la medida que el mismo se causó a partir del 05 de enero de 2010 y el demandante solicitó el reajuste de la prestación el 06 de septiembre de 2018, y esta le fue reconocida reajustada a través de la Resolución SUB 248395 de 2018; y como quiera que la demanda fue promovida el 27 de febrero de 2019 (Ex. Digital: «001. 2019 - 148 Expediente.pdf»), se afectaron con el fenómeno de la prescripción aquellos reajustes causados con anterioridad al 06 de septiembre de 2015 conforme a lo previsto en los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS.

En ese orden, el retroactivo se calcula desde el 06 de septiembre de 2015 hasta el 28 de febrero de 2022, en los siguientes términos:

Tabla Mesada PENSIONAL						
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	Mesada COLPENSIONES	Diferencia	No. Mesadas
01/01/10	31/12/10	2,00%	\$ 2.746.254,40	0,00	\$ 0,0	
01/01/11	31/12/11	3,17%	\$ 2.833.311,00	0,00	\$ 0,0	
01/01/12	31/12/12	3,73%	\$ 2.938.994,00	0,00	\$ 0,0	
01/01/13	31/12/13	2,44%	\$ 3.010.705,00	0,00	\$ 0,0	
01/01/14	31/12/14	1,94%	\$ 3.069.113,00	0,00	\$ 0,0	
01/01/15	31/12/15	3,66%	\$ 3.181.443,00	\$ 3.138.268,00	\$ 43.175,0	(x4.87) \$210.262
01/01/16	31/12/16	6,77%	\$ 3.396.827,00	\$ 3.350.729,00	\$ 46.098,0	(x13) \$599.274
01/01/17	31/12/17	5,75%	\$ 3.592.145,00	\$ 3.543.396,00	\$ 48.749,0	(x13) \$633.737
01/01/18	31/12/18	4,09%	\$ 3.739.064,00	\$ 3.688.321,00	\$ 50.743,0	(x13) \$659.659
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 3.857.966,00	\$ 3.805.610,00	\$ 52.356,0	(x13) \$680.628
01/01/20	31/12/20	3,80%	\$ 4.004.569,00	\$ 3.950.223,00	\$ 54.346,0	(x13) \$706.498
01/01/21	31/12/21	1,61%	\$ 4.069.043,00	\$ 4.013.822,00	\$ 55.221,0	(x13) \$717.873
01/01/22	31/12/22	5,62%	\$ 4.297.723,00	\$ 4.239.399,00	\$ 58.324,0	(x02) \$116.648
						\$4.324.579,25

Dicho retroactivo sin perjuicio del que se cause en lo sucesivo habrá de indexarse al momento de efectuarse el pago por parte de la accionada, ello con la finalidad de paliar el efecto negativo de la devaluación de la moneda colombiano. De igual manera, se autorizará a COLPENSIONES para que de las diferencias por el retroactivo efectúe los descuentos en salud, según los lineamientos contenidos en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993 en concordancia con lo preceptuado en el inciso 3º del artículo 42 del Decreto 692 de 1994, los cuales operan de manera automática ya que es un aporte obligatorio que debe realizar el pensionado.

En tal virtud, queda resuelta la consulta que opera en favor de la parte actora; de tal modo que se revocará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas y las de primer grado correrán a cargo de la parte accionada, dadas las resultas del proceso.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia, para en su lugar, **CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a reliquidar la mesada pensional del señor **MIGUEL ALFONSO ROMERO CAICEDO** a partir del 05 de enero de 2010, precisando conforme las consideraciones expuestas en precedencia, que el valor de las mesadas corresponde a los siguientes montos:

2010: \$ 2.746.254,40

2011: \$ 2.833.311,00

2012: \$ 2.938.994,00

2013: \$ 3.010.705,00

2014: \$ 3.069.113,00

2015: \$ 3.181.443,00

2016: \$ 3.396.827,00

2017: \$ 3.592.145,00

2018: \$ 3.739.064,00

2019: \$ 3.857.966,00

2020: \$ 4.004.569,00

2021: \$ 4.069.043,00

2022: \$ 4.297.723,00

SEGUNDO: DECLARAR PARCIALMENTE PROBADA la excepción de prescripción, respecto de las diferencias de mesadas causadas con anterioridad al 06 de septiembre de 2015; cuyo retroactivo calculado desde el 06 de septiembre de 2015 hasta el 28 de febrero de 2022, asciende a la sumad de \$4.324.579,25, sin perjuicio del que se cause en lo sucesivo y que deberá pagarse debidamente indexado, todo ello, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: Sin costas en esta instancia. Las de primer grado corren a cargo de la parte accionada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.


RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C. – SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por YOLIMA OROZCO OLAYA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Y OTROS. Rad 110013105-026-2020-00424-01.

Con la finalidad de resolver el recurso interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá, el 08 de noviembre de 2021.

ANTECEDENTES

La señora **YOLIMA OROZCO OLAYA** promovió demanda ordinaria laboral en la que pretende que se declare ineficaz su afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad - RAIS con la A.F.P PORVENIR y PROTECCIÓN S.A. en el entendido que nunca se trasladó al Sistema Privado de Pensiones, por tanto, se encuentra afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida –RPMPD administrado en la actualidad por COLPENSIONES. En consecuencia, se traslade a COLPENSIONES la totalidad del capital de su cuenta de ahorro individual incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, sin aplicar algún descuento, y así, sea activada la afiliación en pensión, condenando a COLPENSIONES, a recibir la totalidad de los aportes ya mencionados, así como a lo ultra y extra petita, más las costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que inició sus aportes a pensión a través del RPMPD, manifestó que se afilió a la A.F.P PORVENIR en el mes de septiembre de 1995, posteriormente, suscribió formulario de afiliación a la AFP DAVIVIR, hoy PROTECCIÓN S.A. el 05 de diciembre de 1996, luego se afilió a la AFP ING, hoy PROTECCIÓN el 24 de noviembre de 2010, y en la actualidad su cuenta de ahorro individual la administra PROTECCIÓN S.A., afirmó que su traslado a la AFP PORVENIR, se dio por cuanto a su lugar de trabajo llegó un promotor de este fondo de pensiones, quién le informó que el Instituto de Seguro Social en Pensiones –ISS, sería liquidado, por lo cual era necesario afiliarse a un nuevo fondo de pensiones para continuar haciendo sus aportes, adicionalmente, indicó que el promotor de la A.F.P PORVENIR, le aseguró que con su afiliación garantizaría una mejor pensión que la que podría reconocerle el ISS, sin explicarle de forma clara y comparada cuáles eran las diferencias y ventajas y desventajas entre el RPMPD y el RAIS. Afirmó que la A.F.P DAVIVIR, omitió brindarle la debida asesoría con información completa y clara sobre los efectos y las consecuencias de su traslado de régimen pensional, así como también las características de ambos regímenes pensionales. Señaló que realizó aportes a pensión en el ISS de enero de 2001 hasta enero de 2011 y se vinculó a la AFP ING el 24 de noviembre de 2010, encontrándose vigente la obligación de los fondos de pensiones de brindar información, asesoría y buen consejo a los afiliados. Advirtió que debido a la falta de información radicó petición el 30 de julio de 2020 ante la AFP PROTECCIÓN y la AFP PORVENIR S.A., solicitando la anulación de la afiliación a las mencionadas administradoras, informó que de ello no obtuvo respuesta de parte de la AFP PORVENIR, y a su vez, PROTECCIÓN S.A. le indicó que no sería procedente acceder a su solicitud de desvinculación por considerar que su afiliación es válida como consta en los formularios de afiliación que le aportó. Así entonces, el 19 de agosto de 2020, solicitó a COLPENSIONES la activación de su afiliación, a lo que COLPENSIONES le respondió indicándole los casos en los que procede la solicitud de traslado e inconforme, reiteró su petición a la AFP PORVENIR el 09 de septiembre de 2020, donde como respuesta se le informó que no fue posible acceder a lo solicitado (Expediente digital: 001. DEMANDA Y ANEXOS. Pág. 01 a 13).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES S.A.** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando para tal efecto que desconoce las circunstancias de

tiempo, modo y lugar en las que el demandante efectuó el traslado del RPMPD al RAIS en PROTECCIÓN S.A., no obstante, explicó que dicho traslado realizado por la parte actora se presume no solo efectuado en ejercicio del derecho de libre escogencia de Régimen Pensional consagrado en el artículo 13 literal b) de la Ley 100 de 1993 sino plenamente válido, razón por la cual la afirmación de vicio del consentimiento, la falta de información necesaria y/o ineficacia acaecida en el trámite de traslado alegado, estima debe ser probado en el desarrollo del proceso judicial. Propuso como excepciones de mérito las de «prescripción», «cobro de lo no debido», «buena fe» y «presunción de legalidad de los actos administrativos» (Expediente Digital: 007. Contestación demanda Colpensiones. Págs. 02 a 13).

Por su parte, la **AFP PROTECCION** manifestó su oposición a las pretensiones, declaraciones y condenas pretendidas, manifestando que la afiliación fue un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Expuso que el formulario de vinculación que suscribió la accionante, se realizó en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, acto que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre la demandante y Protección S.A., por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del Fondo como de la afiliada, argumentó que la manifestación de voluntad de la accionante al momento de la afiliación al fondo de pensiones, estuvo libre de presión y engaños, desvirtuándose de esta manera cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento, en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, a través de la firma del formulario de afiliación en señal de aceptación, lo que constituye una manifestación inequívoca en el sentido de trasladarse al Fondo de Pensiones Obligatorias Protección y un acto válido y existente, por lo que no puede prosperar la pretensión de nulidad y/o ineficacia del traslado como pretensión principal. Formuló como excepciones de fondo las de «Inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir», «Buena fe», «Prescripción», «Aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones», «Reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP», «Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarará la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa», e «innominada o genérica» (Expediente digital: 008. *Contestacion Demanda Proteccion.pdf* Págs. 03 a 30).

A su vez, la **AFP PORVENIR S.A.** manifestó su oposición a las pretensiones, declaraciones y condenas, en la medida que el traslado del RPMPD al RAIS se efectuó con PORVENIR S.A. en el año 1995, producto de una decisión libre e informada, después de haber sido ampliamente asesorado sobre las implicaciones

de su decisión, sobre el funcionamiento del RAIS y de indicarle sus condiciones pensionales, tal como lo demuestra la solicitud de vinculación N° 592917 en la cual, aseguró observar la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, presumiendo auténtico dicho documento en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el párrafo del artículo 54 A del CPT. Explicó que posteriormente, en el año 1997, la actora reiteró su voluntad de permanecer en el RAIS vinculándose en la AFP ING hoy PROTECCIÓN S.A., así mismo, su aseveró que la permanencia de la demandante en el RAIS durante 25 años ha sido producto de su voluntad, teniendo en cuenta que jamás expresó inconformidad alguna por ausencia de información. Propuso como excepciones las de «Prescripción», «Buena fe», «Inexistencia de la obligación», «Compensación» y «Excepción genérica», (Expediente Digital: *011.Contestacion Demanda Porvenir.pdf*. Págs. 02 a 38).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 08 de noviembre de 2021, absolvió a las demandadas de todas las pretensiones incoadas en su contra por parte de la demandante y la condenó en costas.

Para arribar a la anterior conclusión, señaló en síntesis que, conforme a la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral, en este tipo de casos lo que debe analizarse es si el acto jurídico que generó el traslado resulta o no eficaz, que para que se entienda que la afiliación fue realizada de manera libre y voluntaria, se debe verificar si la respectiva administradora puso en conocimiento del afiliado los riesgos que implicaba el traslado de régimen, a su vez los beneficios que obtendría, es decir, se debe demostrar que la correspondiente entidad garantizó una decisión informada que permita una manifestación de voluntad autónoma y consciente. Que desde el inicio ha correspondido a las administradoras de fondos de pensiones dar información clara y suficiente a efectos de validar el cambio de régimen so pena de declarar ineficaz ese tránsito, precisando, que la acción de suscripción del formulario afiliación es insuficiente, toda vez que se debe demostrar un consentimiento informado correspondiéndole la carga de la prueba a los fondos de pensiones. Advirtió que en el caso en concreto la demandante suscribió formulario de afiliación en agosto de 1995 trasladándose al fondo de pensiones PORVENIR S.A., luego se trasladó a DAVIVIR en 1996, posteriormente, en el año 2002 se trasladó al ISS y en noviembre de 2010 suscribió formulario a ING, de lo cual consideró que sí se le brindó alguna información acerca de las características propias de cada régimen, lo que le permitió trasladarse en varias oportunidades entre los

mismos, resaltó que ello evidenció que en efecto la demandante sí tenía conocimiento de las diferencias propias de cada Régimen, y por lo tanto, no había lugar a declarar la ineficacia de traslado.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de la parte demandante apeló la decisión argumentando que la valoración probatoria no permitió verificar el cumplimiento del contenido cualitativo que debe tener el deber de información suficientemente ilustrado por la CSJ SCL. Mencionó que se ha indicado que por el hecho que una persona realice traslados al interior del RAIS o incluso retorne al RPMPD no puede darse por entendido que recibió el deber de información, y mucho menos puede tenerse como prueba suficiente el formulario de afiliación, más aún cuando ni siquiera se tiene el formulario de afiliación de retorno al RPMPD, manifestando que no existió vigencia de ningún tipo de afiliación de la demandante al RPMPD una vez se trasladó del RPMPD al RAIS. Agregó que la decisión judicial se apartó de los hechos materiales aportados al proceso al declarar que a la actora le fue proporcionada información clara, suficiente y oportuna de ambos Regímenes, lo cual no se acreditó por parte de las demandadas.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la accionante presentó alegatos de conclusión, en similares términos a los expresados en la alzada, solicitando se revoque el fallo de primera instancia. A su turno las accionadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A. alegaron peticionando la confirmación del mismo. Los demás sujetos procesales guardaron silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias CSJ SL2208-2021, SL2209-2021, SL5174-2021, CSJ SL5205-2021, SL5188-2021, SL5280-2021, SL4865-2021, en entre otras, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que en los procesos judiciales en los que se ventila la nulidad y/o ineficacia de traslado de régimen pensional, la carga de la prueba se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, lo cual constituye doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001 y dada la nueva composición de la Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia viene manteniendo este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, la decisión sobre esta problemática se adoptará conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002¹.

En el expediente digital obra copia de la cédula de ciudadanía de la demandante (Exp. Digital: «001. DEMANDA Y ANEXOS.pdf». Pág. 17), donde se registra como fecha de nacimiento el 07 de enero de 1965, por lo que cumplió 57 años el mismo día y mes de esta anualidad, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación mediante peticiones dirigidas a PROTECCION S.A. y PORVENIR S.A. el 30 de julio de 2020 y a COLPENSIONES el 20 de agosto de 2020 (Págs. 109-145), es decir, cuando evidentemente le faltaban menos de 10 años de edad para adquirir el derecho y, de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues según las probanzas incorporadas a los autos

¹ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

contaba con 109 semanas de cotización (001. DEMANDA Y ANEXOS Página 82-92), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida –RPMPD- al de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS-, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 05 de diciembre de 1996 (Exp. Digital. «008.Contestacion Demanda Proteccion.pdf» Pág. 31), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a DAVIVIR, hoy PROTECCIÓN.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias referidas que, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integral al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el

deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado PROTECCION, antes DAVIVIR.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen el accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información al demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a aquel, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen el 05 de diciembre de 1995 (Exp. Digital. «008.Contestacion Demanda Proteccion.pdf» Pág. 31), plasmado en el formulario de afiliación a DAVIVIR, hoy PROTECCIÓN, éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PROTECCION, Desde luego que en el interrogatorio de parte el accionante no confesó que en ese momento se le haya brindado la información necesaria al de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consiente y realmente libre sobre su futuro pensional y aunque

haya asegurado haber firmado dicho formulario sin presiones, lo cierto es que del contexto de su declaración no es posible concluir confesión en torno a que al momento de afiliarse (que es lo que se revisa en esta clase de procesos), le hayan dado información en los términos expuestos, contrario a lo que concluyó la a quo.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias ya referidas, la AFP demandada PROTECCION, antes DAVIVIR, omitió en el momento del traslado de régimen (05 de diciembre de 1996), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución los saldo existentes en la cuenta de ahorro individual de la demanda, junto con sus rendimientos, frutos e intereses, las cuotas de administración descontadas, así como de los valores pagados por seguros previsionales, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal y conforme lo visto, ello no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia.

Recientemente el Alto Tribunal, en las sentencias CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021 del 26 de mayo de 2021, reiteró, con relación a las consecuencias de la ineficacia y la devolución de los gastos de administración que *«en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima»*.

De igual forma, no tiene incidencia alguna la financiación del sistema, o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media

con prestación definida, como ya se indicó, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante, aunado a ello, la sostenibilidad del sistema pensional no es objeto de debate en el caso de marras y escapa de la órbita de la competencia de la jurisdicción laboral.

En la misma dirección se debe señalar, tampoco incide que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a la demandante cuando se trasladó de régimen.

De igual forma, es menester precisar, el hecho de que la actora hubiese efectuado traslados entre AFP's, contrario a lo concluido por la a quo para absolver, no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, pues tal como lo argumentó el recurrente en su apelación, el hecho de que una persona realice traslados al interior del RAIS o incluso retorne al RPMPD y luego verifique un nuevo traslado al RAIS, no implica, *per se*, dar por entendido que recibió la suficiente información en cada traslado, tal y como lo exige la doctrina probable de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por lo que en este caso, ante la falta de prueba en contrario no hay otro camino que acoger lo que lo asentó recientemente el Alto Tribunal en la ya mencionada sentencia CSJ SL5188-2021, señalando:

« [...] la Sala insiste y reitera que el solo hecho de que el afiliado se traslade en varias oportunidades dentro del RAIS, no puede convalidar, ni suplir el incumplimiento del deber de información por parte de la AFP al momento del traslado inicial y los traslados posteriores, así como tampoco resulta ser evidencia de que el afiliado fue informado debidamente en los términos exigidos por la ley y la jurisprudencia y, menos aún puede considerarse que dicha circunstancia modera las consecuencias que ello supone en la eficacia del acto jurídico celebrado; todo esto bajo el contexto de que en el proceso quede por establecido que efectivamente el demandante no fue debidamente informado.»

En ese orden, se revocará la decisión de primer grado, para en su lugar declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional quedando la demandante debidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones y, en consecuencia, deberá la AFP PROTECCIÓN S.A., entidad donde se encuentra afiliada actualmente, trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES – todos los aportes efectuados por la aquí demandante, junto con sus rendimientos, e incluso los gastos de

administración y valor de seguros previsionales, debiendo en todo caso asumir con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión o por los gastos de administración, todo debidamente indexado (Ver sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL9464-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 SL1689-2019 y más reciente CSJ SL5280-2021).

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, así como las ya mencionadas SL2208-2021 y SL2209-2021.

En ese sentido, se revocará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas, las de primer grado a cargo de las accionadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

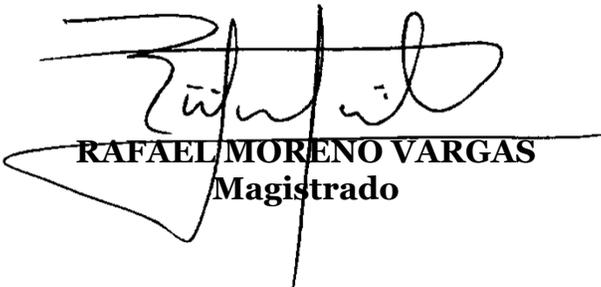
PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia y en su lugar, declarar la **INEFICACIA** del traslado y la afiliación efectuada por la señora **YOLIMA OROZCO OLAYA** al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS- ante la AFP **DAVIVIR**, hoy **PROTECCIÓN S.A.**, el 05 de diciembre de 1996; y, como consecuencia de ello, se ordena a la **AFP PROTECCIÓN S.A.**, trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-** todos los aportes efectuados por la demandante, junto con sus rendimientos, incluidos los gastos de administración y el valor de los seguros previsionales, todo debidamente indexado, conforme lo advertido en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** que acepte el traslado de la accionante y contabilice para efectos pensionales las semanas cotizadas, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron. Las de primera instancia corren a cargo de las accionadas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.


RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C. – SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por MARÍA EUGENIA TORRES ARENALES contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- y OTRO. Rad. 110013105-027-2019-00607-01.

En la fecha, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral previa la deliberación correspondiente al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, entra la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación presentado por la apoderada de la parte codemandada –COLPENSIONES- contra la sentencia proferida por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá, el 17 de noviembre del 2021. De igual manera, se revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora **MARIA EUGENIA TORRES ARENALES** pretende se declare la nulidad del traslado de régimen realizado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS, a través de la afiliación realizada a COLFONDOS S.A., por el incumplimiento de los deberes legales de información y deber de asesoría a la demandante, los cuales generaron un error de hecho que vicio su consentimiento, así mismo, se declare que la actora se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida -RPMPD, administrado por COLPENSIONES. En consecuencia, e se condene a COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de la cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos e intereses a

que haya lugar, y a activar su afiliación en pensión. Se condene a lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como pretensiones subsidiarias, peticionó que se declare la ineficacia del traslado de régimen realizado al RAIS a través de la afiliación realizada a COLFONDOS S.A., por el incumplimiento de los deberes legales de información y deber de asesoría, con las consecuencias antes anotadas.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, informó que nació el 26 de agosto de 1962. Empezó a cotizar al sistema de pensiones a la Caja de Previsión Nacional – CAJANAL, a través del empleador DIAN desde el 14 de junio de 1990 hasta el 29 de febrero de 1996. Por razón de lo anterior, el 29 de febrero de 1996 ya tenía acreditadas 294 semanas de cotización. La AFP COLFONDOS S.A., la persuadió en agosto del año 1994 para que se vinculara a dicho régimen de pensiones. La AFP COLFONDOS S.A., no informó al momento de la afiliación, las implicaciones de trasladarse de régimen pensional. La AFP COLFONDOS S.A., no informó previo a la afiliación a dicho fondo, la naturaleza propia de este régimen de capitalización. La AFP COLFONDOS S.A., no informó sobre las desventajas o riesgos de afiliarse al RAIS. La AFP COLFONDOS S.A., ni la ilustró al momento de la afiliación sobre los distintos escenarios comparativos de pensión en uno u otro régimen pensional; menos sobre los beneficios de permanecer afiliada en el RPMPD. La AFP COLFONDOS S.A., omitiendo informarle el capital que debía acumular para lograr una pensión de vejez en el RAIS. Informó haber cotizado a la AFP COLFONDOS S.A., desde el 1º de marzo de 1996 hasta el 9 de marzo de 2014 a través del empleador DIAN. Posteriormente, ha continuado efectuando cotizaciones a la AFP COLFONDOS en calidad de trabajadora independiente. En junio de 2016, se enteró por un cálculo actuarial que su mesada pensional en la AFP COLFONDOS S.A., sería del 50% menos de lo que le hubiera correspondido si permaneciera en el RPMPD. En razón de lo anterior, el día 27 de mayo de 2019 solicitó a través de apoderado entre la AFP COLFONDOS S.A., que procediera a anularle su afiliación y que trasladara sus aportes a COLPENSIONES. Por otra parte, radicó el 28 de mayo de 2019 ante COLPENSIONES la respectiva reclamación administrativa para que la entidad activara su afiliación en pensión, sin que hasta la fecha ninguna de las demandadas haya accedido a lo pretendido (Expediente Digital: «01 EXP 2019-607.pdf», Págs. 2 a 17).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas argumentando para tal efecto, que dentro del expediente no obra prueba alguna de

que efectivamente a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la AFP o de que esté en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), así mismo, no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesta o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de la demandante, al contrario, se observa que las documentales se encuentran sujetas a derecho y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas; igualmente, en el presente caso, la demandante no cumple con los requisitos contenidos en la Sentencia SU-062 de 2010, para poderse trasladar de régimen pensional en cualquier tiempo. Propuso como excepciones de mérito las de «descapitalización del sistema pensional», «inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida», «prescripción», «caducidad», «inexistencia de causal de nulidad», «saneamiento de la nulidad alegada», «no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público» e «innominada o genérica» (Expediente Digital: «01 EXP 2019-607.pdf», Págs. 120 a 153)

Por su parte, la **AFP COLFONDOS S.A.** contestó la demanda oponiéndose parcialmente a las pretensiones incoadas en su nombre por considerar que teniendo en cuenta que para la fecha del traslado del demandante, la asesoría a los potenciales afiliados se realizaba de manera presencial y verbal, en las cuales se le indicaba las características del régimen general de pensiones, ventajas y desventajas, en razón de que ambos regímenes pensionales – RPMPD y RAIS, ofrecen ventajas, beneficios, bondades y desventajas a sus afiliados, se debe señalar que los asesores de COLFONDOS están capacitados para presentar a los potenciales afiliados las características de ambos regímenes y entregar información objetiva al demandante sobre el RAIS y su comparación con el RPM, entre ellos cálculos comparados que le permitían entender las condiciones pensionales que tenía al igual que información sobre las características, ventajas y desventajas del RAIS decidiendo este tomar de manera libre y espontánea su decisión de cambio. En consecuencia, dijo no ser cierto que COLFONDOS o sus representantes comerciales hayan omitido información al demandante antes de que firmara su afiliación y en razón de que no se dejaba soporte escrito de la asesoría, más allá del formulario de afiliación donde se plasmaba la voluntad del potencial afiliado de vincularse libremente haciendo uso de su derecho de libre escogencia de régimen y de administradora de fondo de pensiones. No propuso excepciones (Expediente Digital: «01 EXP 2019-607.pdf», Págs. 170 a 175).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 17 de noviembre de 2021, declaró la ineficacia del traslado de la actora del RPMPD administrado por COLPENSIONES al RAIS administrado por COLFONDOS S.A. Condenó a COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo a la afiliación de la demandante como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados a su cuenta de ahorro individual sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones o aportes al fondo de garantía y la pensión. Condenó a COLPENSIONES a tener como válidamente afiliada a la actora al RPMPD como si nunca se hubiera trasladado y a recibir las cotizaciones provenientes de COLFONDOS S.A. Condenó en costas a COLFONDOS S.A.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, señaló que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, indica que las sanciones impuestas por el ordenamiento a la afiliación desinformada es la ineficacia y no la nulidad del traslado fundamentado en la ley 100 de 1993 en los artículos 271 y 272, artículo 13 CST y artículo 52 de la Constitución Política, por lo que no era necesario probar vicio del consentimiento, precisando respecto a la carga probatoria, que si el afiliado alegó que no recibió información cuando se trasladó al RAIS equivale a un supuesto negativo que no se acredita materialmente por lo que se debe invertir la carga probatoria, respondiendo la AFP, acreditando entonces que suministró la información de forma correcta. Señaló que antes del 2009 las AFP privadas tenían la obligación de hacer una ilustración de las características, condiciones, accesos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, dando a conocer un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. En ese sentido, explicó que al estar probado que la afiliación inicial de la actora fue con el RPMPD, habiéndose trasladado al RAIS en la AFP COLFONDOS, sin embargo, de la revisión de las pruebas la parte actora no había confesado haber recibido la información necesaria al momento del traslado y que la AFP COLFONDOS no demostró haber brindado la información necesaria al momento en que el demandante se trasladó al RAIS, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado. Por tanto, halló viable declarar la ineficacia de tal afiliación y conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, las cosas debían retrotraerse las cosas a su estado anterior, como si nunca hubiera ocurrida, con el traslado de todos los aportes, con rendimientos, comisiones y gastos de administración, lo cual no afectaba la sostenibilidad financiera del sistema, precisando que en el caso particular, la promotora del litigio antes de trasladarse al RAIS, no se encontraba afiliada al ISS hoy COLPENSIONES sino a CAJANAL, sin

embargo, teniendo en cuenta que el proceso de liquidación de CAJANAL finalizó el 12 de junio de 2013, es claro que existe una imposibilidad jurídica para ordenar el retorno por los aportes efectuados por el actor a dicha entidad. Conforme a lo anterior, consideró la A Quo que le corresponde a COLPENSIONES aceptar el traslado de la demandante, pues CAJANAL debía adelantar todas las acciones necesarias para el traslado de sus afiliados cotizantes a más tardar dentro del mes siguiente a la vigencia de la mencionada norma, a la administradora del RPMPD del ISS, hoy COLPENSIONES. Frente a la excepción de prescripción, no prosperaba por estar ligada tal ineficacia al derecho pensional, que es imprescriptible.

RECURSO DE APELACIÓN

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**- presentó recurso de apelación frente a la decisión de primera instancia argumentando para tal efecto que, al momento de solicitar el retorno del RPMPD la demandante ya contaba con 57 años de edad encontrándose en la prohibición descrita en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 del 2003, en el cual se indica la prohibición de trasladarse cuando ya le falten 10 años o menos para adquirir el derecho a la pensión; incluso, ya estando en la edad para pensionarse. Advirtió que no se acreditaron los vicios del consentimiento por el relato hecho por la demandante, el día que efectuó el traslado, precisando que no solamente fue COLFONDOS el fondo que se le presentó sino fueron todos los fondos y como lo narró en su interrogatorio de parte, decidió a su leal juicio teniendo en cuenta el conocimiento que tenía y los factores que allí le informaron, y así escogió el que ella consideraba que tenía los bancos más poderosos y podía generar un tipo de rentabilidad superior, el que para ella era el fondo de inversión más fuerte y de ahí fue que decidió afiliarse voluntariamente a COLFONDOS y que entendía la naturaleza del asunto y cómo funcionaba la entidad. Respecto al deber de información, sostuvo que si bien la AFP debió informar de manera suficiente a la actora, ello no la exoneraba del deber de concurrir suficientemente ilustrada a la escogencia de su régimen pensional del cual dependían sus expectativas económicas y del plazo para acceder a la prestación por vejez, como tampoco la sustraía de la aplicación de la Ley para darle un tratamiento desigual como si su capacidad para celebrar actos y contratos estuviese menguada frente a la definición de un acto de la mayor importancia, en la medida que de su elección dependerían las condiciones y cubrimientos de las contingencias amparadas por el sistema de seguridad social y en particular la de vejez, lo que no convierte a los afiliados en incapaces para suscribir contratos. Igualmente, solicitó se tenga en cuenta que al momento de realizar el traslado la demandante era plenamente capaz y

mayor de edad para suscribir este contrato en el año 1994. Finalmente agregó que, en caso de no acogerse los argumentos expuestos, se condicione el cumplimiento de la sentencia por parte de COLPENSIONES luego de la devolución de la totalidad de las sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante por la AFP, como son cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, cuotas abonadas, cuotas de administración y las demás a las que hubiere lugar debidamente indexados, por el tiempo en que permaneció afiliada al fondo como quiera que esta entidad no podrá dar cumplimiento al fallo hasta tanto la AFP reintegre los recursos y actualice los datos de la demandante en la respectiva base de datos.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la parte demandada COLPENSIONES presentó alegatos de conclusión en similares términos a los de la alzada solicitando revocar la sentencia en todas sus partes. A su turno, la parte actora solicitó se confirme la decisión y COLFONDOS guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS con ocasión al incumplimiento alegado respecto del deber de información y en tal sentido, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias CSJ SL2208-2021, SL2209-2021, SL5174-2021, CSJ SL5205-2021, SL5188-2021, SL5280-2021, SL4865-2021, en entre otras, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que en los procesos judiciales en los que se ventila la nulidad y/o ineficacia de traslado de régimen pensional, la carga de la prueba se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, las cuales deben acreditar la debida y oportuna información a los afiliados, lo cual constituye doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001 y dada la nueva composición de la Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia viene manteniendo este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la

seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, la decisión sobre esta problemática se adoptará conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002¹.

En el expediente digital obra copia de la cedula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento de la actora el 26 de agosto de 1962 (01 EXP 2019-607.pdf» Pág. 18), por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2019, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES día 28 de mayo de 2019 (Pág.41), es decir, cuando evidentemente ya estaba muy cerca de la edad exigida para adquirir el derecho y, de otra parte, no contaba con 15 años de servicios cotizados para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos contaba con 198,14 semanas de cotización aproximadas a CAJANAL (Págs. 31 a 35), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 05 de agosto de 1.994 (Pág. 38), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a la AFP COLFONDOS.

¹ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de casación referidas que, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información íntegra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

En este escenario, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la

diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado COLFONDOS.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen la accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a la demandante, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (Pág. 38), plasmado en el formulario de afiliación a la AFP COLFONDOS, éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada COLFONDOS. Desde luego que en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que en ese momento se le haya brindado la información necesaria al de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional y aunque haya asegurado haber firmado dicho formulario sin presiones, o conocer algunas características del RAIS, lo cierto es que no confesó que al momento de afiliarse (que es lo que se revisa en esta clase de procesos), le hayan dado información en los términos expuestos.

Así, conforme a las sentencias ya referidas, la AFP demandada COLFONDOS S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (05 de agosto de 1.994, pág. 38), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado previamente ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de las cuotas de administración, como de los rendimientos, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, por cuanto la orden impartida fue para las sumas que se encuentren en la actualidad en la cuenta de la actora, y

conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornados de manera íntegra al Régimen de Prima Media, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

De igual forma, no tiene incidencia alguna la financiación del sistema o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, como ya se indicó, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante, aunado a ello, la sostenibilidad del sistema pensional no es objeto de debate en el caso de marras y escapa de la órbita de la competencia de la jurisdicción laboral.

Recientemente el Alto Tribunal, en las sentencias CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021 del 26 de mayo de 2021, reiteró, con relación a las consecuencias de la ineficacia y la devolución de los gastos de administración que *«en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima»*.

Y en lo que refiere a la indexación de los gastos de administración, el órgano de cierre de esta jurisdicción, en la sentencia CSJ SL 3207-2020, indicó:

«7. Consecuencias de la declaración de ineficacia

*Por no estar acreditado que PORVENIR S. A. hubiere consignado a COLPENSIONES, los aportes que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos, incluyendo también los valores correspondientes a gastos de administración, los cuales según se expuso en las sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos, **se le ordenará la devolución de esos dineros, debidamente indexados**, junto con el valor del bono a COLPENSIONES y a favor del actor.»* (Negrillas y subrayas fuera de texto)

De igual forma, tampoco incide que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, como ya se indicó, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

En la misma dirección se debe señalar, tampoco es relevante que la actora no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicios cotizados antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a la demandante cuando se trasladó de régimen.

De otra parte, frente al hecho de que la actor antes del traslado estuviese afiliado en pensiones a CAJANAL, basta con indicar que con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se entiende que al estar afiliado a dicha Caja de Previsión Social, después de la entrada en vigencia del sistema general de pensiones (artículo 151 ley 100 de 1993) continuó afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, destacando, incluso, que con posterioridad, en el Decreto 2196 de 2009, mediante el cual se dispuso la liquidación de CAJANAL, se estableció de forma expresa en su artículo 4 que los afiliados cotizantes, debían ser trasladados al régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS, es decir, que siendo hoy Colpensiones la única administradora del régimen de prima media, resulta clara la procedencia de la condena en punto a realizar la vinculación de la demandante desde la fecha en que se efectuó el traslado de régimen.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional de la demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como CSJ SL1421-2019, así como las ya mencionadas CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021.

En ese sentido, se **modificará** la decisión de primer grado, en el sentido de precisar que la devolución ordenada, incluidos los gastos de administración, deben ser indexados al momento de ser recibidos por parte de **COLPENSIONES**. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

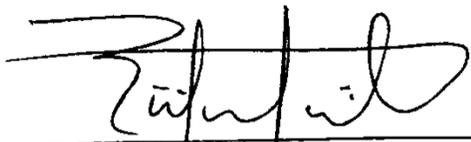
RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR EL ORDINAL SEGUNDO de la sentencia objeto de estudio, en el sentido de precisar que la devolución de los conceptos allí ordenados, deben ser indexados al momento de su traslado a COLPENSIONES, según el sentido y alcance de las consideraciones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.


RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C. – SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022)

PROCESO ORDINARIO LABORAL de OLGA JEANNETTE RIVEROS LEAL contra LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-, AFP PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. Rad. 110013105-029-2021-00220-01.

En la fecha, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos, la Sala Cuarta de Decisión Laboral previa la deliberación correspondiente al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte demandada COLPENSIONES contra la sentencia proferida por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá, el 25 de noviembre del 2021. De igual manera, se revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora **OLGA JEANNETTE RIVEROS LEAL**, presentó demanda ordinaria laboral en la que pretende se declare la ineficacia o nulidad del traslado y de la afiliación en pensiones con la AFP PROTECCIÓN. En consecuencia, se condene a la AFP COLFONDOS, donde actualmente se encuentra afiliada, a que traslade a COLPENSIONES todos los aportes efectuados junto con todos sus rendimientos; a que se active la afiliación en el RPMPD por parte de COLPENSIONES, quien a su vez debe aceptar y recibir el traslado de sus aportes. Se condene al pago de las costas y agencias en derecho, más lo extra y ultra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que nació el 02 de abril de 1965 y a la fecha de la presentación de la demanda acreditaba 56 años. Se afilió al ISS hoy COLPENSIONES el día 02 de mayo de 1989, trasladándose al RAIS a

partir del 01 de mayo de 1995 con la AFP PROTECCIÓN. Que entre lo cotizado al ISS, a la AFP PROTECCION y la AFP COLFONDOS, acredita más de 1314 semanas válidamente cotizadas al sistema de seguridad social integral en pensiones. Afirmó que los asesores de la AFP PROTECCIÓN le dijeron que, trasladándose a la AFP PROTECCIÓN tendría una cuantía de pensión mucho mejor que la que le reconocería el ISS, pero no le explicaron cómo, así mismo, mencionó que los asesores le dijeron que trasladándose a la AFP PROTECCIÓN se podía pensionar a la edad y monto que quisiera y no como en el ISS donde le tocaba esperarse a cumplir 57 años, pero no le explicaron cómo; que trasladándose a esa AFP y después de pasado un tiempo si se aburría de estar en ese fondo privado, podía solicitar la devolución de sus aportes cuando quisiera. Lo anterior, sumado a que el ISS se iba a quebrar y que la AFP PROTECCIÓN era una empresa seria con la cual no tendría ningún problema a la hora de reclamar su pensión, además que, por el rango de edad, la ley obligaba a dejar el RPMPD a raíz que el ISS pronto sería clausurado. Solo se le informó sobre las ventajas de trasladarse a dicho fondo privado de pensiones, pero nada le indicaron acerca de sus desventajas. No fue informada que, en el RPMPD, el valor de la pensión de vejez no depende del ahorro sino del tiempo cotizado y del salario base de cotización como tampoco que, si se trasladaba a un fondo privado, corría el riesgo de perder los beneficios del RPMPD. No fue informada que, en el RPMPD, los aportes de los afiliados constituían un fondo común de naturaleza pública en donde los recursos se distribuyen para pagar las pensiones de todos los afiliados y que el valor de la pensión del RPMPD no está sujeto al comportamiento de la economía y el mercado financiero mientras que en el RAIS el monto acumulado por los afiliados si depende del mercado financiero. No le informaron debiendo hacerlo que, en el RAIS todo depende del saldo que tenga en su cuenta individual y que las semanas mínimas de cotización solo aplican para acceder a la garantía de pensión mínima y para liquidar pensiones de sobrevivencia e invalidez; así como tampoco se le informó de otras características precisas y propias de dicho régimen. De otra parte, indicó que el día 21 de mayo de 2001 se trasladó de la AFP PROTECCIÓN a la AFP COLFONDOS; que el 28 de enero de 2021 presentó un derecho de petición ante la AFP COLFONDOS mediante el cual solicitó a dicho fondo pensional que expidiera la fotocopia del formulario de traslado y afiliación a la AFP COLFONDOS. El día 28 de enero de 2021, solicitó a la AFP PROTECCIÓN el formulario de afiliación a dicho fondo pensional, no obstante, se le respondió que no lo poseía. De igual modo, la AFP COLFONDOS le proyectó pensión de vejez, indicándole que a la edad de 57 años tendría una mesada pensional de \$2.120.144. El 09 de marzo de 2021 y el 25 de marzo de 2021 respectivamente,

solicitó ante AFP PROTECCIÓN y COLPENSIONES la nulidad de afiliación (Expediente Digital: *001Demanda.pdf*, Págs. 01 a 24).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Por su parte, la **AFP COLFONDOS S.A.** contestó la demanda oponiéndose parcialmente a las pretensiones incoadas en su nombre por considerar que teniendo en cuenta que para la fecha del traslado del demandante, la asesoría a los potenciales afiliados se realizaba de manera presencial y verbal, en las cuales se le indicaba las características del régimen general de pensiones, ventajas y desventajas, en razón de que ambos regímenes pensionales – RPMPD y RAIS, ofrecen ventajas, beneficios, bondades y desventajas a sus afiliados, señaló que los asesores de COLFONDOS están capacitados para presentar a los potenciales afiliados las características de ambos regímenes y entregar información objetiva al demandante sobre el RAIS y su comparación con el RPM, entre ellos cálculos comparados que le permitían entender las condiciones pensionales que tenía al igual que información sobre las características, ventajas y desventajas del RAIS decidiendo este tomar de manera libre y espontánea su decisión de cambio. En consecuencia, dijo no ser cierto que COLFONDOS o sus representantes comerciales hayan omitido información al demandante antes de que firmara su afiliación y en razón de que no se dejaba soporte escrito de la asesoría, más allá del formulario de afiliación donde se plasmaba la voluntad del potencial afiliado de vincularse libremente haciendo uso de su derecho de libre escogencia de régimen y de administradora de fondo de pensiones. Propuso como excepciones de fondo las de «buena fe», «innominada o genérica» y la de «compensación y pago» (Expediente Digital: *005ContestaciónColfondos.pdf*, Págs. 03 a 15).

Por su parte, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-** contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, declaraciones y condenas solicitadas en la demanda, argumentando para tal efecto, que la afiliación de la demandante al Fondo de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN se dio en cumplimiento a lo dispuesto dentro de la ley, artículo 13, literal b de la Ley 100 de 1993, ejerciendo su derecho a la libre elección de régimen de la demandante; de igual modo y conforme a los documentos allegados junto con el escrito de demanda, no se puede evidenciar la configuración de algún tipo de vicio en el consentimiento, tales como el error, la fuerza o el dolo. Atendiendo a que realizó su traslado a PROTECCIÓN, en primera medida en el año de 1995, luego en el año 2001 decide trasladarse a la AFP COLFONDOS S.A., por ello, se encuentra

acreditada la voluntad de permanecer al RAIS, de igual modo, con el transcurso de los años la demandante pudiendo hacerlo, no decidió regresar al ISS, hoy COLPENSIONES. Agregando, que los traslados horizontales realizados por la demandante a PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. se dio contando con la plena voluntad y libertad de escogencia de régimen de la demandante De igual modo, asentó que la demandante se encuentra dentro de la prohibición legal para realizar su traslado de régimen puesto que en la actualidad tiene una edad de 56 años, de conformidad con lo normado dentro del artículo 2, literal e de la Ley 797 de 2003, el cual habilita a sus afiliados para realizar traslado de régimen siempre y cuando lo hagan con anterioridad a 10 años al cumplimiento de la edad para pensionarse. Propuso como excepciones de fondo las de «prescripción y caducidad», «inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales», «imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal», «cobro de lo no debido», «buena fe», «imposibilidad de condena en costas» y «declaratoria de otras excepciones» (Expediente Digital: 006.ContestacionColpensiones, Págs. 2 a 15).

A su turno, la demandada **AFP PROTECCIÓN S.A.** contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, arguyendo para tal fin, que el acto jurídico discutido es un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, por lo anterior, no puede prosperar la pretensión de nulidad del traslado como pretensión principal, pues el acto jurídico celebrado entre la demandante y PROTECCION S.A. cumplió con todos los requisitos de existencia y validez y por lo tanto, produce todos los efectos jurídicos derivados de este. Argumentó que tampoco es posible afirmar que la forma como hoy se liquida la pensión de vejez en el RAIS, haga nula su afiliación. Así las cosas, consideró que la parte actora no puede pretender la declaratoria de una nulidad y/o ineficacia soportando dicha pretensión en sus expectativas económicas respecto del valor de la mesada por vejez, ya que, un acto es nulo por vicios en el consentimiento no por la favorabilidad económica de un acto jurídico, pues si la favorabilidad en el valor de la mesada se evidenciara respecto del RAIS se tornaría entonces en válida y eficaz su afiliación a este régimen. Como excepciones de fondo, formuló las de «Inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir», «Buena fe», «Prescripción», «Aprovechamiento indebido de los Recursos Públicos y Del Sistema General De Pensiones», «Innominada o genérica» y «Traslado de aportes a Colfondos» (Expediente Digital: 009ContestacionProteccion20210702, Págs. 3 a 39).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 25 de noviembre de 2021, declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante realizada ante la administradora de fondo de pensiones y cesantías PROTECCIÓN S.A. el 13 de marzo de 1995 con fecha de efectividad el 01 de abril de 1995. En consecuencia, declaró que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al RAIS, por lo mismo siempre permaneció en el RPMPD. Ordenó a la demandada COLFONDOS S.A. devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante como cotizaciones y rendimientos. Ordenó a COLPENSIONES a recibir de COLFONDOS S.A. todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante como cotizaciones y rendimientos que se hubieren causado y actualizar la historia laboral. No fijó condena en costas.

Para arribar a tal conclusión, consideró en síntesis, que acudiendo a lo dicho por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia respecto a la inversión de la carga de la prueba, es cierto y el juzgado también lo ha aceptado, que para esa época no existía la obligatoriedad de documentar la información pero además de los documentos, existen otros medios probatorios que se podrían aplicar, sin embargo no quedó demostrado que se hubiera cumplido con ese deber de información en los términos en que lo ha señalado la Corte y que básicamente busca que se tenga un conocimiento claro y que se pueda optar por el régimen que en su momento mejor le convenga pero con el conocimiento de las características reales de cada uno de los fondos. Así es que el despacho al no encontrar prueba suficiente que permita determinar que hubo un consentimiento informado al momento del traslado de la demandante y a habida cuenta que el fondo al cual se encuentra afiliada la demandante tampoco encuentra oposición alguna respecto del traslado, halló viable ordenar la ineficacia solicitada con la respectiva devolución de los aportes y rendimientos; agregó que no se solicitaron los gastos de administración y consideró que estos están fijados por ley para los dos regímenes pensionales que de alguna manera, con toda la actividad comercial que se realiza y demás hace que ese monto pensional de la demandante que son las cotizaciones, de alguna manera se vean reflejados en los rendimientos porque en algunos casos, inclusive los rendimientos son mayores que el mismo monto de las cotizaciones, razón por la cual, no halló viable ordenar tal devolución; e igualmente tampoco halló viable condenar en costas, máxime que COLFONDOS no se opone a la prosperidad de las pretensiones de la demanda.

RECURSO DE APELACIÓN

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**- presentó recurso parcial de apelación frente a la decisión de primera instancia, sobre todo en lo que tiene que ver con el numeral 2° para que se adicione e incluyan los gastos de administración, que no fueron incluidos dentro de la presente sentencia; en atención a ello y como argumento se refirió frente a la sentencia CSJ SL-3464 que refiere las consecuencias prácticas de la ineficacia y en ellas se evalúa el tema de gastos de administración y concluye que dichos gastos de administración deben devolverse a COLPENSIONES atendiendo a que se dé aplicación al artículo 1746 del Código Civil, el cual se aplica por analogía al tema de las ineficacias, atendiendo a que la declaratoria del acto ineficaz, en este caso de la actora, se debe tener como si nunca se hubiese surtido dicha afiliación y así las cosas los gastos de administración deberán integrar los valores a devolver a esta entidad.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la parte demandada, COLPENSIONES, presentó alegatos de conclusión en similares términos a los de la alzada. La parte demandante, a su turno, solicitó la confirmación de la decisión. Colfondos guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS con ocasión al incumplimiento del deber de información y en tal sentido, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias CSJ SL2208-2021, SL2209-2021, SL5174-2021, CSJ SL5205-2021, SL5188-2021, SL5280-2021, SL4865-2021, en entre otras, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que en los procesos judiciales en los que se ventila la nulidad y/o ineficacia de traslado de régimen pensional, la carga de la prueba se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, las cuales deben acreditar la debida y oportuna información

a los afiliados, lo cual constituye doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001 y dada la nueva composición de la Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia viene manteniendo este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, la decisión sobre esta problemática se adoptará conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002¹.

En el expediente digital obra copia de la cedula de ciudadanía de la demandante y Registro Civil de Nacimiento, donde se registra como fecha de nacimiento de la parte actora el 02 de abril de 1965 (001Demanda.pdf. Págs. 33 y 34), por lo que la edad de 57 años, la cumplirá el mismo día y mes del año 2022, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES día 08 de abril de 2021 (Págs. 181 a 186), es decir, cuando evidentemente ya estaba a menos de diez años para adquirir el derecho y, de otra parte, no contaba con 15 años de servicios cotizados para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos contaba con 215 semanas de cotización aproximadas al ISS (Págs. 150 a 152), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según la información registrada en el SIAFP de

¹ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

ASOFONDOS (pág. 53 «009ContestacionProteccion20210702.pdf»), acaeció el 13 de marzo de 1.995 con la AFP PROTECCIÓN, sin que observe la Corporación la prueba del hecho o acto jurídico de afiliación primigenio que evidencie las situaciones y/o condiciones iniciales en las que supuestamente el aquí demandante manifestó su libre y espontánea voluntad de traslado.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de casación referidas que, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información íntegra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

En este escenario, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo,

que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado PROTECCIÓN S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen el accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información al demandante, en los términos aquí referidos, pues la AFP demandada no demostró siquiera el acto de afiliación, con lo cual puede concluir esta Corporación que no se logró demostrar la suscripción del formulario de afiliación del actor al RAIS; circunstancia por lo cual, al no existir una prueba fehaciente que enrostre el procedimiento con el cual se trasladó de régimen pensional la demandante, más exactamente su formulario de afiliación, es por lo que atendiendo lo preceptuado en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dentro del presente asunto no hay prueba si quiera sumaria que advierta que el traslado que ostenta el actor en la actualidad como afiliada al RAIS lo haya efectuado en forma libre y voluntaria según lo dispuesto en la norma, aspecto que también conlleva a que no se dé aplicabilidad a lo regulado en el literal e) del mentado artículo 13 de la Ley 100, el cual fue modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 y que refiere a la escogencia del régimen de la preferencia del afiliado.

De este modo, es claro que no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a la demandante, siendo carga probatoria de la parte demandada verificar el suministro oportuno, claro y preciso de esta, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, en gracia de la discusión, si se hubiera aportado el acto de afiliación a PROTECCIÓN S.A., a efecto de zanjar cualquier duda, éste no constituiría en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos

precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada AFP PROTECCIÓN S.A.

Así, conforme a las sentencias ya referidas, la AFP demandada PROTECCIÓN S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (13 de marzo de 1.995), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado previamente ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de las cuotas de administración, como de los rendimientos, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, por cuanto la orden impartida fue para las sumas que se encuentren en la actualidad en la cuenta de la actora, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben ser retornados de manera íntegra al Régimen de Prima Media, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

Recientemente el Alto Tribunal, en las sentencias CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021 del 26 de mayo de 2021, reiteró, con relación a las consecuencias de la ineficacia y la devolución de los gastos de administración que *«en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima»*.

En ese orden, estima la Sala que la decisión debe adicionarse en los términos solicitados por COLPENSIONES y ordenarse la devolución de los gastos de administración causados y deducidos por las AFP COLFONDOS y PROTECCIÓN,

en el tiempo que estuvo afiliada la actora en dichas administradoras, tal como lo solicitó la parte recurrente.

De igual forma, no incide en absoluto que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, como ya se indicó, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

En la misma dirección se debe señalar, tampoco es relevante que la actora no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicios cotizados antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar al demandante cuando se trasladó de régimen; precisándose que los argumentos expuestos por la apelante no tienen la entidad suficiente para modificar el criterio expuesto, que desde luego se encuentra basado en la doctrina probable que actualmente marca el Alto Tribunal al respecto.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional de la demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como CSJ SL1421-2019, así como las ya mencionadas CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021.

En ese sentido, se **adicionará** la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia, en el sentido de **ORDENAR** a las **AFP COLFONDOS Y PROTECCIÓN S.A.** trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-** los gastos de administración y todos los conceptos y valores que recibió con motivo de la afiliación de la demandante así como los rendimientos que produjeron, según el sentido y alcance de las consideraciones expuestas en precedencia.

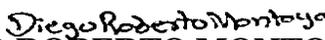
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 íbidem en concordancia con el artículo 40 ídem.


RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C. – SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por TERESA DEL SOCORRO FLÓREZ PEÑA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES S.A., AFP PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS. Rad 110013105-031-2020-00293-01.

Con la finalidad de resolver los recursos interpuestos, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por las accionadas contra la sentencia proferida por el Juzgado 2º Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, el 25 de junio de 2021. De igual manera revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora **TERESA DEL SOCORRO FLÓREZ PEÑA** promovió demanda ordinaria laboral con la finalidad de que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS, a través de la AFP COLFONDOS S.A. En consecuencia, se ordene a la AFP PROTECCIÓN S.A., la devolución de todos y cada uno de los valores consignados en su cuenta de ahorro individual, incluyendo aportes, bonos pensionales, cualquier suma adicional y rendimientos financieros. Igualmente, en caso de cumplir con los requisitos de edad y semanas cotizadas, se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar su pensión de vejez, junto con el retroactivo pensional e intereses moratorios. Finalmente, se condene al pago de lo ultra y extra petita, más las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que el 26 de abril de 1989 se afilió al ISS, hoy COLPENSIONES, donde permaneció hasta diciembre de 1996, pues se trasladó al RAIS, a través de la AFP COLFONDOS S.A., entidad que no le informó sobre la mesada pensional que recibiría en dicho régimen, ni que debería cotizar más tiempo para recibir una pensión superior al salario mínimo legal mensual vigente, aunado a que, no le realizó una proyección pensional con el fin de saber cuál sería su mesada en uno y otro régimen. Mencionó que, en el mes de octubre de 2019, la AFP PROTECCIÓN le informó que su mesada en el RAIS sería de \$2.432.370, mientras que en el RPMPD ascendería a \$3.872.370. Explicó que el 19 de agosto de 2020 radicó reclamación administrativa ante COLPENSIONES, solicitando la nulidad del traslado de régimen, empero, la entidad negó su pedimento (Expediente Digital: 004. Subsanación de demanda.pdf).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **AFP PROTECCIÓN S.A.** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando para tal efecto que, los asesores de la entidad son debidamente capacitados para que brinden una asesoría clara y suficiente a los afiliados, por lo que la demandante recibió la información completa sobre las características del RAIS, sus diferencias con el RPMPD, la forma de adquirir la pensión, las consecuencias del traslado, con el fin de que aquella tomara la decisión libre de vincularse o no al RAIS. Indicó que no es dable asegurar que existió engaño o se indujo en error a la demandante, toda vez que su consentimiento estuvo mediado por una asesoría completa, tal como quedó consignado en el formulario de afiliación. Formuló como excepciones de fondo las de «Inexistencia de la Obligación y falta de causa para pedir», «Buena fe», «Prescripción», «Aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones», «innominada o genérica», «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» e «Inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de tercero de buena fe» (Exp. Digital. 007. contestacion de proteccion).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, manifestó su oposición a las pretensiones, argumentando que la parte actora no probó la existencia de un vicio en el consentimiento, verbigracia, error, fuerza o dolo, contrario sensu, la afiliación es un acto existente y válido. Manifestó que la demandante gozaba de plena autonomía para cambiarse de

régimen, lo que demuestra que era consciente sobre su afiliación a la AFP COLFONDOS y que efectuó la elección del régimen de manera libre, espontánea y sin presiones. Indicó que no es posible el traslado de la demandante al RPMPD, puesto que, no cumple con los requisitos del precedente jurisprudencial para tal efecto, explicando que, al 01 de abril de 1994, no tenía la densidad de semanas necesarias, ni la edad para ser beneficiaria del régimen de transición. Propuso como excepciones de fondo, las de «falta de legitimación en la causa por pasiva», «inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida», «Prescripción», «caducidad», «inexistencia de causal de nulidad», «saneamiento de la nulidad alegada», «no procedencia al pago de costas en Instituciones Administradoras de Seguridad Social del orden público», «buena fe» e «innominada o genérica» (Exp. Digital: 009. contestacion de colpensiones).

A su vez, la **AFP COLFONDOS S.A.** contestó la demanda, manifestando que la afiliación de la demandante fue completamente válida y que obró de acuerdo a los parámetros establecidos en la ley, pues suministró a la actora la información objetiva sobre el RAIS y su comparación con el RPMPD, incluyendo cálculos comparados que le permitían entender las condiciones que tenía. Aseguró que los asesores comerciales son debidamente capacitados con el fin de que puedan brindar la información necesaria a los clientes, incluyendo las características del RAIS, su funcionamiento y diferencias con el RPMPD. Afirmó que la demandante recibió la información necesaria y por ello, decidió trasladarse de régimen de manera informada, libre, espontánea y sin presión alguna. No formuló excepciones de fondo (Exp. Digital: 008. CONTESTACION).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 2º Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 25 de junio de 2021, declaró la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS, realizado a través de la AFP COLFONDOS S.A., el 28 de noviembre de 1996. Por ende, condenó a la AFP PROTECCIÓN S.A. trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos de los empleadores de la demandante, por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones o aportes al fondo de garantía de la pensión mínima. Ordenó a COLPENSIONES reactivar de manera inmediata la afiliación de la demandante al RPMPD, sin solución de continuidad y a reconstruir su historia laboral, con la totalidad de las semanas de cotización acreditadas desde la fecha de afiliación inicial. Absolvió en lo demás.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, indicó que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, cuando la afiliación no ha sido consentida tiene como consecuencia la ineficacia y no la nulidad. Precisó que las AFP tienen el deber de brindar una información cierta, clara y comprensible de las características de los regímenes, condiciones y consecuencias del traslado. Manifestó que el formulario de afiliación a la AFP COLFONDOS, no prueba que la demandante haya recibido una debida asesoría antes de efectuar su afiliación al RAIS. Aseveró que, del interrogatorio de parte de la actora, tampoco se desprende que haya recibido la información con las anotadas características, para entender que se trasladó con un consentimiento informado, pues no hubo una confesión en ese sentido. Aclaró que la re asesoría brindada a la demandante, no sirve para subsanar la falta al deber de información, pues aquella manifestó que la asesora le dijo que le convenía permanecer en el RAIS, aunado a que, no fue completa, ni oportuna. Esgrimió que los traslados horizontales hechos por la demandante no ratifican su voluntad de pertenecer al RAIS, pues al declarar la ineficacia del traslado de régimen, los demás sufren la misma consecuencia, máxime cuando ninguna de las AFP demostró haber cumplido con el deber de información. En ese orden, concluyó que las demandadas no cumplieron con la carga de la prueba que les correspondía, por lo que procede la declaratoria de ineficacia y con ello, el traslado de los aportes, rendimientos financieros, gastos de administración y seguros previsionales. Agregó que, al 01 de abril de 1994, la demandante no cumplía con los requisitos para ser beneficiaria del régimen de transición, por lo que la norma aplicable a su situación pensional es la Ley 797 de 2003, empero aquella no cumple con la edad mínima allí establecida para gozar de la pensión de vejez.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación solicitando se revoque en su totalidad la sentencia de primera instancia, argumentando para tal efecto que, la demandante no tiene derecho a regresar al RPMPD, pues no se acreditó la existencia de un vicio en el consentimiento para declarar la nulidad, y de otro lado, su permanencia en el RAIS durante tanto tiempo muestra de forma clara que desea permanecer en dicho régimen con todas sus implicaciones. Indicó que el traslado horizontal de la demandante debe ser tomado como un acto de relacionamiento, tal como lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la CSJ.

La apoderada judicial de la **AFP PROTECCIÓN** apeló la decisión de manera parcial, en lo que tiene que ver con la condena por devolución de los gastos de administración, para lo cual, argumentó que los gastos de administración son

descuentos autorizados por la ley a favor de las AFP de ambos regímenes pensionales. Mencionó que, gracias a la administración de la AFP, la demandante percibió buenos rendimientos financieros, los cuales ya se encuentran abonados en la cuenta de ahorro individual de aquella, por ende, ordenar el traslado de los aportes, rendimientos y gastos de administración, constituye un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES, por cuanto recibe una comisión que ni siquiera está destinada a la financiación de la pensión. Afirmó que la AFP tiene derecho a conservar los gastos de administración como una restitución mutua a su favor, sin que haya motivo para devolverla a COLPENSIONES. Aclaró que de conformidad con el Decreto 2555 de 2010, la Superintendencia Financiera es quien ejerce la vigilancia sobre las AFP, órgano que en conceptos ha señalado que cuando se declara judicialmente la nulidad o ineficacia de la afiliación, se debe dar cumplimiento lo establecido en el artículo 7 del decreto 3995 del 2008, esto es, que se debe trasladar los aportes, los rendimientos financieros y el porcentaje correspondiente al fondo de garantía de pensión mínima.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la parte actora presentó alegatos de conclusión en procura de que se confirme la decisión; las accionadas guardaron silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias CSJ SL2208-2021, SL2209-2021, SL5174-2021, CSJ SL5205-2021, SL5188-2021, SL5280-2021, SL4865-2021, en entre otras, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que en los procesos judiciales en los que se ventila la nulidad y/o ineficacia de traslado de régimen pensional, la carga de la prueba se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, las cuales deben acreditar la debida y oportuna información

a los afiliados, lo cual constituye doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, con la nueva composición de la Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia viene manteniendo este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, la decisión sobre esta problemática se adoptará conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002¹.

En la página 33 del archivo «004. Subsanación de demanda.pdf. Pág. 33», obra copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 01 de julio de 1968, por lo que cumplirá 57 años el mismo día y mes del año 2025, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante petición dirigida a COLPENSIONES el 20 de agosto de 2020 (págs. 61 a 66), es decir, cuando evidentemente ya estaba a menos de 10 años para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, tenía 127.01 semanas cotizadas al ISS (Exp. Digital: 004. Subsanación de demanda.pdf, págs. 34 a 38), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD al de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 28 de noviembre de 1996 (Exp. Digital. 008. CONTESTACION, Pág. 18),

¹ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a COLFONDOS.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de casación referidas que, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integral al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, incluidos la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida, en entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la debida y oportuna información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al

interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado COLFONDOS.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen el accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información al demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a aquel, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (28 de noviembre de 1996), plasmado en el formulario de afiliación a COLFONDOS S.A., éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada COLFONDOS. Desde luego que en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que en ese momento se le haya brindado la información necesaria al de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consiente y realmente libre sobre su futuro pensional y aunque haya asegurado haber firmado dicho formulario sin presiones, lo cierto es que del contexto de su declaración no es posible concluir confesión en torno a que al momento de afiliarse (que es lo que se revisa en esta clase de procesos), le hayan dado información en los términos expuestos.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada COLFONDOS omitió en el momento del traslado de régimen (28 de noviembre de 1996), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y, en esa medida, al tenor de lo señalado, ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado,

precisando en este punto de apelación, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de las cuotas de administración, como de los rendimientos, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, por cuanto la orden impartida fue para las sumas que se encuentren en la actualidad en la cuenta del actor, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben ser retornados de manera íntegra al Régimen de Prima Media, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

Desde luego que, la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la 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, los cuales soportan los cargas que tiene que asumir la 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, como ya se dijo, se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Recientemente el Alto Tribunal, en las sentencias CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021 del 26 de mayo de 2021, reiteró, con relación a las consecuencias de la ineficacia y la devolución de los gastos de administración que *«en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima»*.

En la misma dirección se debe señalar, tampoco tiene incidencia que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales

circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a la demandante cuando se trasladó de régimen.

Sobre los actos de relacionamiento, se precisa inicialmente que el hecho de que la parte actora hubiese efectuado traslados entre AFP's, no implica necesariamente que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS y así lo asentó recientemente el Alto Tribunal en la ya mencionada sentencia CSJ SL5188-2021, señalando:

« [...] la Sala insiste y reitera que el solo hecho de que el afiliado se traslade en varias oportunidades dentro del RAIS, no puede convalidar, ni suplir el incumplimiento del deber de información por parte de la AFP al momento del traslado inicial y los traslados posteriores, así como tampoco resulta ser evidencia de que el afiliado fue informado debidamente en los términos exigidos por la ley y la jurisprudencia y, menos aún puede considerarse que dicha circunstancia modera las consecuencias que ello supone en la eficacia del acto jurídico celebrado; todo esto bajo el contexto de que en el proceso quede por establecido que efectivamente el demandante no fue debidamente informado.»

Aunado a ello, debe acotar la Sala que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en sentencia de tutela STP15228 – 2021 del 7 de septiembre de 2021, dejó sin efectos el fallo SL2440-2021 de 15 de junio de 2021, refiriendo que:

«Así las cosas, de estimar los magistrados integrantes de -Sala de Descongestión No. 4- de la Sala de Casación Laboral que resultaba necesaria la modificación de la línea jurisprudencial en materia de eficacia del traslado de régimen pensional, con el fin de introducir como factor de definición la tesis de los llamados «actos de relacionamiento», debieron abstenerse de emitir sentencia y, en su lugar, surtir el trámite previsto en el artículo 2º de la Ley 1781 de 2016».

De otro lado, tampoco tiene incidencia la financiación del sistema, o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, como ya se indicó, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante, aunado a ello, la sostenibilidad del sistema pensional no es objeto de debate en el caso de marras y escapa de la órbita de la competencia de la jurisdicción laboral.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional de la demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la

cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisonal en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, así como las ya mencionadas SL2208-2021 y SL2209-2021.

En ese sentido, se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

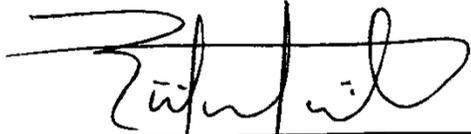
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, con el alcance de los argumentos expuestos en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.


RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C. SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022)

PROCESO ORDINARIO LABORAL de JORGE ENRIQUE MUÑOZ LOPEZ contra ESCUELA DE DISEÑO DE MODAS Y PATRONAJE INDUSTRIAL ARTURO TEJADA CANO S.A.S. Rad. 110013105 033 2018 00477 01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá, el día 09 de marzo de 2021.

ANTECEDENTES

El señor **JORGE ENRIQUE MUÑOZ LOPEZ** instauró demanda ordinaria laboral en contra de la ESCUELA DE DISEÑO DE MODAS Y PATRONAJE ARTURO TEJADA CANO S.A.S. con el fin de que se declare que existió un contrato realidad desde el 02 de enero de 1984 hasta el 30 de abril de 2016, el cual finalizó de manera unilateral y sin justa causa por parte de la demandada. En consecuencia, se condene a la accionada al pago del auxilio de las cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, primas de servicios, aportes al Sistema General de Seguridad Social, junto con la indemnización por despido sin justa causa y la indemnización moratoria. Finalmente, se condene al pago de la indexación de dichas sumas, a lo ultra y extra petita, más las costas procesales y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que el 02 de enero de 1984 fue contratado de manera verbal por la **ESCUELA DE DISEÑO DE MODAS Y PATRONAJE INDUSTRIAL ARTURO TEJADA CANO S.A.S.**, con el fin de desempeñar el cargo de contador y posteriormente, el de revisor fiscal. Explicó que ejerció sus funciones dentro del horario establecido por la demandada, bajo su subordinación y de forma personal. Agregó que su salario era de \$2.925.000 y que la demandada no lo afilió al Sistema General de Seguridad Social. Mencionó que desde el 30 de abril de 2016, la accionada no le permitió continuar desempeñando sus funciones, por lo que envió un derecho de petición indagando sobre su situación laboral, mismo que fue recibido por la demandada el día 01 de julio de 2016 (fls. 3 a 8).

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

La demandada **ESCUELA DE DISEÑO DE MODAS Y PATRONAJE INDUSTRIAL TEJADA CANO S.A.S.** contestó la demanda con oposición a todas y cada de las pretensiones, argumentando que el demandante estuvo vinculado mediante un contrato de prestación de servicios, por lo que no cumplía un horario, sino que sus funciones como revisor fiscal las desarrollaba principalmente desde su oficina, pues dicho cargo no imponía la necesidad de que estuviera en las instalaciones de la empresa. Arguyó que el demandante no devengaba un salario, sino que cada mes allegaba su cuenta de cobro, la cual era una factura de su empresa, hecho que demuestra que no era un empleado, ni ejecutaba sus labores bajo subordinación. Propuso como excepciones de mérito las de «prescripción de la acción», «inexistencia del contrato realidad» y «cobro de lo no debido» (fls. 99 a 102).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia proferida el día 09 de marzo de 2021, absolvió a la demandada de todas y cada de las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas al demandante.

Para arribar a la anterior decisión, en síntesis, indicó que el artículo 23 del CST establece los elementos esenciales del contrato de trabajo, mientras que el artículo 24 ibidem, contempla que al probarse la prestación personal servicio se presume la existencia de una relación laboral, por lo que el empleador debe desvirtuar la misma. Mencionó que del interrogatorio de parte del demandante se deduce que ejerció el cargo de revisor fiscal, bajo las reglas del Código de

Comercio, explicando que debía pasar las cuentas de cobro porque de lo contrario no se le realizaba el pago y que visitaba a algunos clientes para prestar asesorías como contador, las cuales eran menos frecuentes que las que le brindaba a la demandada. Advirtió que el actor tenía cierta libertad para prestar sus servicios a otras empresas, aunado a que, las declaraciones recibidas dan cuenta de que el accionante cumplió algunas funciones de revisor y otras de contador, no obstante, ninguno de los testigos conocen las circunstancias en las que prestó el servicio, ni si cumplía o no un horario por parte de aquel. Aseveró que la naturaleza del cargo de revisor fiscal es de índole comercial, pues el artículo 204 del Código de Comercio establece que aquel es elegido por la mayoría absoluta de la asamblea, así como las sanciones para cuando no cumple con sus funciones que se encuentran normadas por el artículo 216 ibidem. En ese orden, concluyó que pese a que existió la prestación de un servicio, lo cierto es que no fue bajo la subordinación de la demandada.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la apoderada judicial de la parte demandante presentó recurso de apelación, argumentando que pese a que el A quo realizó un estudio sobre las normas del Código de Comercio, no valoró adecuadamente el material probatorio allegado, tales como las certificaciones expedidas por la demandada, en las cuales consta que el accionante laboró para la accionada desde 1984, más aún cuando uno de esos documentos dice que su vinculación era mediante un contrato de trabajo a término fijo y que tenía un salario mensual de \$1.554.000. Aclaró que el A quo no valoró adecuadamente las certificaciones, ni la solicitud de vinculación al ISS, pues da cuenta de que la demandada fue quien afilió al accionante y pagó sus aportes. Mencionó que las certificaciones de ingresos y retenciones elaboradas por la accionada, demuestran que el demandante tenía un contrato de trabajo a término indefinido. Agregó que no se tuvo en cuenta lo dicho por los testigos, quienes indicaron que el accionante tenía asignada una oficina y que pese a que no tenía un horario estricto, sí iba a la empresa todos los días en diferentes horarios para ejecutar su labor. En conclusión, aseveró que el A quo no aplicó el principio de la realidad sobre las formas, pues se demostró que el accionante en calidad de trabajador prestó sus servicios como contador y revisor fiscal.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del

Trabajo y de la Seguridad Social, la parte actora presentó alegatos de conclusión, solicitando se revoque la decisión de primera instancia. La parte demandada guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Sala de Decisión en los precisos términos del artículo 66A del CPTSS y dando alcance a la materia objeto de reproche por la demandada, establecer la procedencia o no de la existencia de un contrato de trabajo del demandante con la parte accionada, en atención al principio de la primacía de la realidad sobre las formas, determinando específicamente si la accionada logró desvirtuar la presunción contenida en el artículo 24 del CST.

CONSIDERACIONES

Definido como se encuentra que el conflicto jurídico gravita, en primer lugar, en torno a la existencia o no de una relación de trabajo entre las partes, puntualiza esta Sala que la jurisprudencia ha sido insistente en destacar que la característica principal que diferencia el contrato de trabajo con otros de disímil naturaleza jurídica, es la condición subordinante a la cual se encuentra expuesta la persona que presta su fuerza de trabajo a cambio de una contraprestación, entendiendo que los demás elementos, normal o regularmente concurren en cualquier contrato, bien sea de naturaleza laboral, civil, comercial, e incluso del sector solidario.

A su vez, el artículo 23 del C.S.T., para la existencia de un contrato de trabajo se requiere la presencia de sus tres elementos estructurales a saber: La prestación personal del servicio, la continua subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, durante todo el tiempo de celebración del contrato y un salario como retribución del servicio. Por su parte, el artículo 24 de la misma obra, consagra una presunción legal, según la cual *«toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo»*, y la consecuencia de su aplicación, no es otra que la inversión de la carga de la prueba, es decir, una vez demostrada por la parte actora la prestación personal del servicio en favor de la parte demandada, dentro de unos determinados extremos temporales, le incumbe al presunto empleador desvirtuar la existencia del vínculo presumido, a

través de los medios probatorios legalmente establecidos, esto es, probar que dicha prestación de servicios no fue subordinada ni dependiente, con el fin de desligarse de una eventual condena por las acreencias laborales que allí se deriven (CSJ, sentencias SL10546-2014, SL10118-2015, SL3345-2021, entre muchas otras).

De conformidad con las normas antes citadas y en virtud del criterio jurisprudencial expuesto, debe advertirse que con el acervo probatorio allegado, concluye ésta Corporación que se tiene acreditado y no es objeto de controversia que el demandante efectivamente prestó sus servicios personales a favor de la demandada como Revisor Fiscal, tal como se ratifica con las pruebas arrimadas a los autos, en especial las certificaciones obrantes en los folios 18 a 23, el interrogatorio de parte absuelto por la representante legal de la accionada, así como de los testimonios rendidos, por ello resulta evidente que la prestación personal del servicio se encuentra acreditada, razón por la cual, tal como se determinó en la decisión de primer grado, se activó la presunción legal de la existencia de un contrato de trabajo de conformidad con el artículo 24 del C.S.T., por tal motivo, le correspondía a la parte demandada desvirtuarla, lo cual se pasará a estudiar a continuación.

En efecto, como ya se anunció, evidencia la Sala que se aportaron con la demanda las siguientes certificaciones expedidas por la accionada:

- Del mes de mayo de 1996, en la que se evidencia que el demandante prestó sus servicios como revisor fiscal, devengando una remuneración de \$1.011.000 (fl. 18)
- Del día 21 de febrero de 1997, en la que se da fe de que el actor desempeñó el cargo de Revisor Fiscal desde el 02 de enero de 1984 (fl. 19)
- Del 11 de noviembre de 1998, en la que se mencionó que el actor fue vinculado mediante un *contrato de trabajo a término indefinido* desde el 02 de febrero de 1984 para desarrollar el cargo de Revisor Fiscal (fl. 20)
- Del 22 de noviembre de 2001, en la que se dijo que el demandante desempeñaba el cargo de Revisor Fiscal desde enero de 1984 (fl. 21)
- Del 21 de septiembre de 2009, en la que se evidencia que el demandante prestó sus servicios como Revisor Fiscal desde enero de 1987 (fl. 22)
- Del 25 de marzo de 2014, en la que se manifestó que el accionante ejecutó el cargo de Revisor Fiscal desde enero de 1987 (fl. 23)

Asimismo, se allegaron con la contestación de la demanda, las facturas de venta No. 0556, 0577, 0561, 0567, 0568, 0562, 0571, 0530, 0546, 0545 (fls. 102 a 109), por concepto de la prestación de servicios del demandante como Revisor Fiscal, las cuales tienen el membrete de «*Muñoz Auditores Asociados*» y el Nit. No. 19.215.891-9, junto con los datos del demandante.

Ahora bien, la representante legal de la demandada, señora NATALIA TEJADA, rindió interrogatorio de parte y declaró que conoce al demandante desde hace aproximadamente 24 años porque desempeñó el cargo de Revisor Fiscal, no obstante, no cumplía un horario laboral, ni debía estar en las oficinas de la empresa, tanto así que a veces era requerido por la representante legal anterior y aquel se encontraba de viaje en Miami. Mencionó que el demandante no seguía órdenes, sólo debía cumplir con sus funciones como Revisor Fiscal, mismas que no cumplió a cabalidad porque en el 2015 descubrieron la existencia de un desfalco en la empresa, circunstancia que nunca fue advertida por el actor. Explicó que la certificación que dice que el accionante estaba vinculado mediante un contrato de trabajo a término indefinido, fue suscrita por una persona que no tenía autorización para emitir ese tipo de documentos y la cual fue denunciada por participar en un hurto dentro de la empresa, en el año 1998. Recordó que hay certificaciones más recientes en las que se manifiesta que el demandante tenía un contrato de prestación de servicios y se la cancelaban honorarios. Expresó que en la empresa había una oficina de contabilidad, empero aquella no era para el demandante, sino que era la usada para desarrollar el ejercicio contable, de tal forma que allí se hacía el contador, los auxiliares contables y el revisor fiscal cuando asistía, aclarando que el actor solicitó una llave de dicha oficina, precisamente porque él no tenía un horario fijo y a veces ingresaba en horas no laborales.

Igualmente, el demandante rindió interrogatorio de parte, manifestando que sus funciones eran las establecidas en la ley, específicamente en el Código de Comercio, aunado a que, a partir del año 1997, la demandada comenzó a exigirle que entregara cuentas de cobro para efectuar el pago de sus servicios. Manifestó que iba a las oficinas de la accionada casi todos los días, a veces 4 o 5 horas al día, incluso iba en la noche porque allí se dictaban clases en jornada nocturna, aclarando que por su cargo no debía «*marcar tarjeta*», sólo debía cumplir con sus funciones. Señaló que brindaba asesorías como contador, entonces visitaba a algunos clientes, generalmente los fines de semana y de forma ocasional entre semana. Expresó que cuando inició a laborar para la demandada ejecutó el cargo

de Contador y con posterioridad, ocupó el de Revisor Fiscal, mismo que cumplió a cabalidad, mientras prestaba algunos servicios como la expedición de certificados para otras empresas.

Dentro de la prueba testimonial, se encuentra la declaración del señor **FERNANDO ARTURO RODRIGUEZ MARTINEZ**, quien fue gerente de la demandada entre el 2016 y 2018, aproximadamente, no obstante, antes de ese tiempo, fue vinculado a la sociedad con el fin de que ayudara a solucionar los problemas financieros y administrativos que atravesaba la misma. Manifestó que en todo el tiempo en el que prestó sus servicios para la accionada, solo vio al demandante una vez, pues pese a que aquel era el Revisor Fiscal nunca lo vio en la oficina de contabilidad. Señaló que el demandante devengaba honorarios, pues es la remuneración común para el cargo de Revisor Fiscal, máxime cuando se trata de una empresa pequeña en la que sólo se debe revisar que la información este correcta para firmar los estados financieros. Adujo que la Junta Directiva decidió relevar del cargo al demandante, toda vez que incumplió con sus deberes al no manifestar que dentro de la empresa se estaban presentando unos malos manejos financieros. Aseveró que no conoció contrato alguno firmado entre el demandante y la sociedad accionada, dado que, el Revisor Fiscal es nombrado por la Junta Directiva. Agregó que cree que el actor iba a la empresa una vez a la semana aproximadamente.

Igualmente, la señora **JENNY PAOLA LEÓN MARTÍNEZ** declaró que laboró para la demandada durante los años 2004 y 2005 como Auxiliar Contable del señor «Henry Muñoz», quien más adelante aclaró que se trataba del demandante, es decir, el esposo de su tía que le ayudó a ingresar a la Escuela. Mencionó que mientras laboró para la demandada no está segura del cargo que aquel desempeñó, si Contador o Revisor Fiscal. Explicó que el actor desarrollaba sus funciones en las instalaciones de la empresa, en una oficina en la que ella también laboraba. Aseveró que el demandante no tenía un horario fijo, no obstante, intentaba ir a la empresa con cierta frecuencia para revisarle su trabajo; que no conoce si al demandante le pagaban honorarios o salario y si estaba vinculado por medio de un contrato de prestación de servicios. Aclaró que las señoras Candelaria Tejada y Claudia Tejada eran quienes solicitaban información al demandante sobre sus labores. Añadió que mientras laboró para la accionada, no conoció que le hubieran hecho un llamado de atención al demandante.

De otro lado, el señor **GUILLERMO AVILA VARGAS** declaró que fue asesor administrativo en la demandada desde 1983 hasta 1991, explicando que conoció al demandante porque es Contador Público y lo recomendó en la Escuela, por lo que trabajaron juntos hasta 1991. Manifestó que conoció que el demandante ejerció el cargo de Contador porque vio que cumplía esas funciones, no obstante no conoce el horario que aquel tenía sino que lo veía con frecuencia en la empresa. Aclaró que el accionante debía reportarse con la señora Candelaria Tejada, que era la gerente de la empresa. Afirmó que el actor trabajaba en una oficina de las instalaciones de la demandada y que realizaba su labor de forma personal.

Finalmente, la señora **SANDRA PATRICIA LEÓN SOTO** declaró que laboró para la demandada durante el periodo comprendido entre el 2005 y el 2008, tiempo en el que ocupó el cargo de Auxiliar de Biblioteca, el cual desempeñaba en una sede académica de la demandada. Aseveró que para el momento en el que trabajó para la accionada, el demandante ejercía el cargo de Contador, aclarando que lo conoce desde hace varios años porque es el esposo de una tía suya. Resaltó que el demandante prestaba sus servicios en la primera sede y posteriormente en la segunda sede, donde comenzó a funcionar todo lo administrativo. Afirmó que el demandante prestaba los servicios de manera personal, circunstancia que le consta porque cuando iba a la primera sede, se lo encontraba allí. Aseguró que sólo conoce que el demandante estaba en la oficina de contabilidad, donde tuvo una secretaria. Mencionó que el accionante tenía una oficina en la primera sede y luego, en la segunda sede, donde a veces lo veía en las mañanas y otras veces, en las tardes, no obstante, no conoce si el horario de aquel era todo el día, dado que su cargo era en la biblioteca, es decir que iba a las otras sedes sólo cuando le pedían que llevara algunos documentos. Añadió que el actor debía rendir informes a las señoras Claudia y Candelaria Tejada, es decir, las personas que estaban a cargo de la Escuela.

De conformidad con lo anterior, del acervo probatorio auscultado y dando aplicación al principio de libre formación del convencimiento, en ejercicio de las facultades propias de las reglas de la sana crítica probatoria (art. 61 CPTSS), según las cuales es dable la apreciación de los distintos medios probatorios en aras de fundamentar la decisión en aquellos elementos de prueba que le merecen mayor persuasión o credibilidad y que le permiten hallar la verdad real al juzgador, siempre y cuando las inferencias sean lógicas y razonables, la Sala puede colegir, inicialmente que, la presunción del contrato laboral fue derruida,

en tanto y en cuanto, al demandante en vigencia de su vinculación jurídica no le fue impuesto el cumplimiento de horarios, ni la forma en la que debía desarrollar sus labores, pues así lo aceptó aquel en su interrogatorio de parte, al afirmar que no tenía un horario establecido y que podía ir a prestar sus servicios a otras empresas cuando lo requirieran, incluso entre semana. Además, se advierte de la prueba testimonial que el accionante asistía a las instalaciones de la empresa de forma ocasional, tal como lo aseguró la señora JENNY PAOLA LEÓN MARTÍNEZ, quien manifestó que el demandante no tenía un horario fijo, sino que trataba de acudir a la empresa con frecuencia para revisar su trabajo, así como lo dicho por el señor FERNANDO ARTURO RODRIGUEZ MARTINEZ, quien aseguró haberlo visto en la empresa solamente una vez, aunado a que ni a la señora SANDRA PATRICIA LEÓN SOTO ni al señor GUILLERMO AVILA VARGAS, les consta con claridad si el demandante cumplía un horario o no, pues de un lado, la señora León no laboraba en la misma sede en la que se presentaba ocasionalmente el accionante y de otro lado, el señor Ávila aseguró no conocer el horario que aquel cumplía.

También se debe destacar que llama poderosamente la atención de esta Sala, el hecho de que las cuentas de cobro que el demandante allegaba a la sociedad demandada, tenían el nombre de una sociedad debidamente identificada con un NIT, circunstancia que permite colegir que aquel prestaba sus servicios profesionales como Revisor Fiscal, no bajo una relación laboral, sino que se trató de un vínculo comercial por medio del cual, el demandante prestó sus servicios de manera autónoma e independiente. Además, se ha de tener en cuenta que el cargo de Revisor Fiscal está normado por el Código de Comercio, pues es allí donde se estableció la elección del mismo, las incompatibilidades, el periodo y remoción, las funciones, el contenido del informe que debe rendir, la responsabilidad y las sanciones que pueden ser impuestas (Artículos 203 a 217 *ibídem*). Al respecto se debe recordar al recurrente que, el Revisor Fiscal por definición general es un tercero independiente a la sociedad, que es elegido por la asamblea o junta de socios según sea el caso, sin que sea posible afirmar que existe subordinación por el hecho que dentro de las instalaciones de la Escuela, el demandante tuviera una oficina para desarrollar su labor, puesto que, al tratarse de un cargo en el que se hace imperioso el manejo de información sensible de las sociedades, como los libros contables, la demandada por diligencia y cuidado dispuso un espacio en el que se ubicaban todas las personas que tuvieran que manipular o conocer dicha información.

Sobre la certificación del 11 de noviembre de 1998 en la que se mencionó que el demandante estaba vinculado bajo un contrato de trabajo a término indefinido, se ha de precisar que aquella no puede ser valorada de forma aislada, sino que, se debe analizar junto con los demás medios probatorios obrantes en el plenario, de tal suerte que se puede concluir que la información que allí reposa no concuerda con la realidad de la vinculación que unió a las partes, pues como se dijo, los elementos de una relación laboral se encuentran desvirtuados. Adicionalmente, se debe resaltar que es imposible obviar que las certificaciones expedidas por la demandada tienen contradicciones de otro tipo, como la fecha en la que el demandante inició a prestar sus servicios, hecho que conlleva a restar valor probatorio a dicha documental, máxime que no se tiene certeza si la persona que expide tal certificación (Asistente Administrativo), tenía tal facultad y por ende comprometer al empleador en tal sentido, pues el resto de certificaciones fueron expedidas por la Representante Legal y la Gerente General.

Ahora bien, al hecho de que el demandante no tuviera un horario de trabajo establecido por la demandada, se debe agregar que aquel no ejercía sus funciones bajo las directrices de la Escuela, pues él mismo afirmó que cumplía sus funciones de acuerdo a lo normado en el Código de Comercio, más aun cuando ninguno de los testigos pudo afirmar que aquel recibía órdenes y menos aún que había sido sancionado por parte de la accionada.

Así las cosas, a juicio de esta Corporación la parte accionada desvirtuó la presunción de subordinación pues conforme a las pruebas acotadas, lo que ocurrió en el presente caso, no fue otra cosa que la prestación de servicios profesionales de manera autónoma e independiente por parte del demandante, con el fin de desarrollar el cargo de Revisor Fiscal, mismo que se encuentra regulado por el Código Comercio y para el cual, no le fue impuesto un horario o una forma de desempeñar sus funciones.

Así las cosas, y al haberse analizado todos los puntos de la apelación, y al no encontrar pruebas que desvirtúen lo decidido por la primera instancia, la sentencia se confirmará en su integridad. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

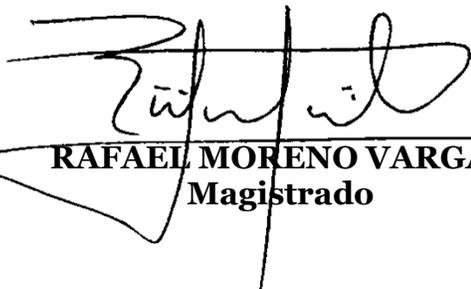
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.


RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por JORGE DAVID SIERRA SANABRIA contra AFP PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A., OLD MUTUAL, UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP- y COLPENSIONES Rad. 110013105-036-2019-00248-01.

En la fecha, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral previa la deliberación correspondiente al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá, el 18 de noviembre del 2021.

ANTECEDENTES

El señor **JORGE DAVID SIERRA SANABRIA**, presentó demanda ordinaria laboral en la que pretende se declare la nulidad del traslado del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual realizado a PORVENIR en agosto de 1997, en consecuencia, se declare la nulidad de los traslados realizados a las AFP ING, hoy PROTECCIÓN S.A., nuevamente a PORVENIR S.A., a HORIZONTE y a la AFP OLD MUTUAL S.A. En consecuencia, ésta última traslade el capital depositado en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos financieros, frutos y gastos de administración a COLPENSIONES S.A. Se ordene a COLPENSIONES como única administradora del RPMPD a activar su afiliación y a recibir el capital depositado. Se condene a lo ultra y extra petita, más las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que nació el 31 de agosto de 1957, por lo que al momento de presentación de la demanda contaba con 61 años de edad. *Que durante el periodo comprendido entre los años 1984 a 1997, estuvo afiliado al RPMPD a través del Instituto de Seguros Sociales – ISS, Cajas de Previsión Municipal y CAJANAL.* En el año de 1997, la AFP PORVENIR S.A., a través de una especie de jornada realizada en el Ministerio de Minas y Energía, lugar donde labora, a través de especulaciones con la promesa de que su pensión sería superior a la que le correspondería en el RPMPD y sin brindar información suficiente, lo indujo a error para trasladarse del RPMPD al RAIS. El precitado traslado del RPMPD al RAIS, fue solicitado el 01 de agosto de 1997 y efectuado el 2 de agosto de 1997 a través de PORVENIR S.A. Desde el 02 de agosto de 1997 y hasta la fecha, sin recibir ninguna asesoría real acerca de los inconvenientes y desventajas de estar afiliado al RAIS ha estado afiliado a través de diferentes administradoras de fondo de pensión. Con motivo de los diferentes traslados entre administradoras de fondos de pensiones, ninguna de ellas realizó la asesoría dispuesta en el artículo 2° de la Ley 1748 de 2014, es decir, no dieron información necesaria y relevante como lo era la de realizar proyección de las mesadas pensionales, las ventajas del cambio de régimen ni desventajas del mismo ni otras condiciones que, si hubiera conocido, no se hubiera realizado el traslado del RPMPD por lo que el traslado no se realizó de manera libre ni voluntaria. Sostuvo que a través de un derecho de petición de fecha 22 de noviembre de 2018 solicitó a la UGPP la afiliación al RPMPD administrado por la UGPP. A través de derecho de petición radicado en fecha 22 de noviembre de 2018, solicitó a COLPENSIONES la afiliación al RPMPD administrado por COLPENSIONES. Empero dichas solicitudes fueron rechazadas A través de derecho de petición de fecha de 22 de noviembre de 2018 solicitó a OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. la historia laboral, historia de vinculación del SIAFP, copia del formulario de afiliación, proyección pensional de la mesada a la que tendrá derecho el actor a los 62 años tanto en el RAIS como en el RPMPD, soportes de re asesoría, nulidad del traslado del RAIS al RPMPD. Finalmente informó que, con corte al 12 de diciembre de 2018, el demandante cuenta con 1157 semanas cotizadas (Exp. Digital: «01. Expediente digitalizado 2019-00248.pdf», Págs. 01 a 13).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, pues el mencionado traslado se efectuó de manera libre y voluntaria, razón por la cual el contrato tiene plena validez de acuerdo a los parámetros

establecidos en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, además, debe tenerse en cuenta que esta entidad no tuvo injerencia en dicha decisión; razón por la cual el traslado afectaría los intereses de COLPENSIONES y la sostenibilidad presupuestal del sistema. Propuso como excepciones de fondo, las de «inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida», «inexistencia del derecho y de la obligación a cargo de Colpensiones», «prescripción», «inexistencia de causal de nulidad», «saneamiento de la nulidad alegada», «cobro de lo no debido», «buena fe», «no configuración de intereses moratorios e indexación», «presunción de legalidad de los actos jurídicos», «inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005», «compensación» e «innominada o genérica» (Expediente Digital: «01. Expediente digitalizado 2019-00248.pdf», Págs. 82 a 107)

Por su parte, la **AFP SKANDIA S.A.** contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, argumentando para tal efecto que el 12 de julio de 2016, el demandante suscribió formulario de solicitud de vinculación a este fondo de pensiones como traslado de la AFP PORVENIR, afiliación que se hizo efectiva el 01 de septiembre de 2016 y la cual se encuentra vigente a la fecha. Arguyó que, de acuerdo con la Ley, la selección de régimen dentro del sistema general de pensiones es libre y voluntaria por parte del afiliado por lo que, en tal sentido, al seleccionar el RAIS aceptó todas y cada una de las condiciones propias de dicho régimen, conforme lo dispone la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios más aún en el caso que nos ocupa, cuando el traslado a SKANDIA S.A. provino de PORVENIR S.A. y no de una entidad del RPMPD. Por consiguiente, no puede trasladar a COLPENSIONES todas las sumas de dinero que figuran en la cuenta de ahorro individual del demandante y que, en el caso de generarse la ineficacia de la afiliación no es posible reintegrar las sumas descontadas por concepto de comisión se destina una parte a pagar la póliza para el cubrimiento de los seguros de invalidez y muerte y la otra, para sufragar los gastos de administración, de ahí que parte del mencionado porcentaje ya que fue pagado a la aseguradora para cubrir los riesgos de invalidez y muerte de la actora y por tanto, no se encuentra en las arcas de la AFP. Igualmente, no sería posible reintegrar el porcentaje descontado por comisión de administración, teniendo presente que dichos recursos fueron utilizados en la administración de la cuenta de ahorro individual de la demandante. Respecto de las facultades ultra y extra petita, estas son propias de la labor del señor juez y no una pretensión. Propuso como excepciones de fondo las de «*SKANDIA no participó ni intervino en el momento de selección de régimen*», «*el demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado*»,

«ausencia de configuración de causales de nulidad», «inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS», «ausencia de falta al deber de asesoría e información», «los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante», «prescripción», «buena fe» y «genérica» (Expediente Digital: «01. Expediente digitalizado 2019-00248.pdf», Págs. 160 a 177).

La **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP**- se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda afirmando que carecen de fundamentos fácticos y jurídicos, argumentando para tal evento que se opone a que se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación del demandante con la AFP PORVENIR S.A. por cuanto la Ley y la jurisprudencia vigente establecen de manera clara que la elección del fondo de pensiones es una decisión libre y voluntaria de cada persona, sin que medie constreñimiento o coacción por parte de las administradoras de pensiones y así lo decidió el demandante al momento de solicitar el traslado de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, por lo que no es procedente declaración de nulidad del traslado. Adicionalmente, la UGPP es una entidad distinta a la que hoy se pretende condenar no puede pronunciarse sobre actuaciones administrativas que no son propias de la entidad que se representa. Propuso como excepciones las de «falta de legitimación en la causa por pasiva», «inexistencia de las obligaciones demandadas frente a la UGPP», «prescripción», «imposibilidad de condena en costas» y «genérica o innominada» (Expediente Digital: «01. Expediente digitalizado 2019-00248.pdf», Págs. 215 a 234).

La **AFP PROTECCIÓN S.A.** se opuso a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra manifestando para tal efecto, que el traslado del demandante a PROTECCIÓN S.A., es un acto existente válido, excepto de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Que el formulario de vinculación que suscribió el actor se realizó en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, acto éste que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre el demandante y PROTECCIÓN S.A. por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del fondo como del afiliado. Que dicha manifestación de voluntad estuvo libre de presión y engaños ya que el actor tuvo la suficiente ilustración para que optara por el traslado de régimen desvirtuándose de esta manera cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento pues el mismo se hizo de forma libre y voluntaria, en los términos

del artículo 11 del Decreto 692 de 1994 a través de la firma del formulario de afiliación en señal de aceptación, lo que constituye una manifestación inequívoca en el sentido de trasladarse al fondo de pensiones PROTECCIÓN S.A. y un acto válido existente. Propuso como excepciones de mérito las de «inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir», «buena fe», «traslado de la totalidad de los aportes a Porvenir», «prescripción», «aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones», «innominada o genérica», «objeción al decreto de la prueba testimonial del demandante», «inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos fundamentales de terceros de buena fe» y «reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa» (Expediente Digital: «01. Expediente digitalizado 2019-00248.pdf», Págs. 291 a 309).

La **AFP PORVENIR S.A.** se opuso a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra manifestando para tal efecto, que en la medida en que la vinculación de la parte demandante en el año 1997 fue efectuada por la parte actora con Colpatria S.A, así como los traslados posteriores a Horizonte y Porvenir después de haber sido ampliamente asesorado sobre las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento del RAIS y de indicarle sus condiciones pensionales, tal como se observa en el formulario de vinculación – documento público- en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993; documento que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el párrafo del artículo 54 A del CPT. Mencionó que, ni Horizonte S.A ni Porvenir S.A le omitieron ningún detalle de las ventajas y desventajas del RAIS, por cuanto se le brindó la asesoría pertinente, para que la decisión fuera libre y voluntaria e informada para suscribir el formulario de afiliación a la AFP, razón por la cual el traslado se considera válido dentro de los términos establecidos en la ley de acuerdo con el artículo 60 de la ley 100 de 1993, en el cual se especifica las características del régimen. Propuso como excepciones de mérito las de «prescripción», «buena fe», «inexistencia de la obligación», «compensación» y «excepción genérica» (Expediente Digital: «02. Contestación»).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 18 de noviembre de 2021, absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante. Condenó en costas al demandante.

Para arribar a tal conclusión consideró que, para el caso particular del demandante, nunca se afilió al RPMPD conforme al reporte allegado por la demandada en el que se evidencia que la primera afiliación fue al RAIS mediante la AFP PORVENIR. En igual sentido, anotó que en el formato para expedición de bonos pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, tampoco aparece registro de afiliación previo a una Caja de Previsión Social o tiempos de carácter público antes de su afiliación al RAIS, información que concuerda con la historia laboral de COLPENSIONES en la cual se puede constatar que el demandante jamás se afilió ante dicha entidad, ni realizó aportes de ningún tipo; que en igual sentido reposa dentro del acta de no conciliación que allegó la UGPP, una constancia expedida por dicha entidad del 19 de noviembre del 2019 en la cual se indica que no existe información relacionada con el expediente pensional del demandante. Agregó la falladora que si bien el demandante en su interrogatorio de parte aludió haber estado afiliado previamente a CAJANAL y que previo a su traslado al RAIS laboró para el Ministerio de Hacienda, para el Ministerio de Minas y para un municipio, dichos supuestos fácticos no están probados dentro del expediente. De igual modo, aunque el interrogatorio señaló que hay un problema en la expedición del bono pensional; pero de ser así, y si lo que pretendía el actor era que se corrigiera su historia laboral, además, de que se tuviera en cuenta dichos tiempos públicos en sí mismos como una afiliación inicial al RPMPD, estimó la juzgadora que la demanda fue mal formulada, pues esto no se solicitó en el petitum ni tampoco se vinculó al proceso a los supuestos empleadores omisos como para entrar a definir tal supuesto y siquiera establecer si el demandante realmente laboró para dichas entidades de carácter público. En ese orden, reiteró que si el demandante pretendía que se declara la nulidad del traslado del régimen como se solicitó en la demanda, debía acreditar el hecho mismo del traslado del RPMPD al RAIS, presupuesto que parte de un hecho claro la acreditación primigenia de la afiliación al RPMPD, pues de lo contrario, no se podría hablar de ninguna manera de un traslado de régimen, trayendo a colación en esa medida el precedente expuesto por esta Sala de Decisión el pasado 30 de junio de 2021.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de la parte demandante presentó recurso de apelación, el cual sustentó señalando que la Corte Suprema de Justicia nunca ha establecido como requisito para establecer en este tipo de procesos la carga de la afiliación a CAJANAL. Anotó que al venir de CAJANAL y establecerse las diversas circunstancias en modo, tiempo y lugar en los cuales viene de CAJANAL y se traslada al RAIS por la oferta que le hicieron los asesores comerciales, se establece que de

haber seguido en CAJANAL hubiera seguido en el ISS y por lo tanto en COLPENSIONES, la pérdida de oportunidad ahí en ese sentido de haberse ido para el RAIS con los errores que cometieron los asesores comerciales, lo cual implicó como tal, el hecho de que no hubiera podido afiliarse al RPMPD porque venía de CAJANAL. Que de todas maneras el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, establece con base en el literal b del artículo 13, que en ese tipo de afiliaciones los cuales no se hicieron en debida forma, ocasiona una transgresión, una afectación y unos prejuicios a la parte demandante y en ese sentido, precisamente el haberlo sacado de CAJANAL con estas ofertas por parte de los asesores comerciales de los fondos pensionales y prácticamente el haber trasladado de esa manera es lo que ocasiona la pérdida de oportunidad de retornar al ISS, hoy COLPENSIONES, por lo tanto solicitó sea revocado el fallo.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la parte demandante presentó alegatos de conclusión en similares términos a los de la alzada solicitando revocar la sentencia en todas sus partes. Las accionadas UGPP, COLPENSIONES y PORVENIR solicitaron su confirmación.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la ineficacia de la afiliación del demandante al RAIS con ocasión al incumplimiento del deber de información y, en tal sentido, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias CSJ SL2208-2021, SL2209-2021, SL5174-2021, CSJ SL5205-2021, SL5188-2021, SL5280-2021, SL4865-2021, en entre otras, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que en los procesos judiciales en los que se ventila la nulidad y/o ineficacia de traslado de régimen pensional, la carga de la prueba se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, las cuales deben acreditar la debida y oportuna información a los afiliados, lo cual constituye doctrina probable en los términos de la Sentencia

C-836 de 2001 y dada la nueva composición de la Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia viene manteniendo este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, la decisión sobre esta problemática se adoptará conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002¹.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de casación referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado de régimen, suministraron de forma completa la información integra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida, entre otros.

¹ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez", y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información. dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose así, que se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional de la asesoría, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado aportando medios de prueba que permitan constatar la información suministrada al afiliado, respecto a las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que le traería el cambio de régimen pensional.

Todo lo anterior, con independencia de que el afiliado sea o no beneficiario del régimen de transición o contará con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debe suministrar al momento del traslado de régimen pensional.

Sin perjuicio del anterior escenario y del marco de referencia decisional ya descrito, pero descendiendo al caso de autos, se evidencia que el hoy demandante, nació el 31 de agosto de 1957, por lo que la edad de 62 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2019, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES día 22 de noviembre de 2018 (Págs. 23-24), es decir, cuando

evidentemente ya estaba cerca de alcanzar la edad exigida para adquirir el derecho. Por otro lado, según informa el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS el demandante se afilió al sistema pensional, por primera vez, a través de la AFP PORVENIR S.A., el 04 de diciembre de 1995 (Exp. Digital: «03. Pruebas» Pág. 34), posteriormente, se afilió y/o trasladó varias AFP's, COLPATRIA, HORIZONTE, ING, OLD MUTUAL. Aspectos que no constituyen temas de controversia y son afirmados desde el líbello inicial por el accionante. Con lo cual, se pone de presente clara e inequívocamente que el demandante no solo nunca estuvo afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida –RPMPD- sino que incluso no tenía régimen pensional previo alguno al que importara o incidiera su inicial y única afiliación al sistema integral de seguridad social en pensiones.

En ese contexto, en el sub examine no se encuentra acreditado el traslado de régimen pensional del RPMPD al RAIS, lo cual imposibilita a la Sala verificar el alegado incumplimiento del deber de información respecto de las conveniencias y/o inconveniencias de afiliarse por primera vez a uno u otro, y que pudieren estar a cargo, desde la perspectiva de la información requerida, de la administradora de pensiones a la que se afilió inicialmente, en tanto y en cuanto no mediaba o existía un parámetro de comparación a verificar y, por obvias razones, mucho menos a la administradora del Régimen de Prima Media en este caso, el ISS hoy Colpensiones, a la que no acudió para recibir la tan mentada información pertinente o, por lo menos no lo acreditó en el proceso, y sin que ello hubiere sido o sea un deber u obligación de parte del ISS hoy Colpensiones cuando nace en el ciudadano el interés y su decisión libre y voluntaria de afiliarse por primera vez al sistema pensional o, del fondo privado como en este caso y en este particular contexto.

En un escenario fáctico y probatorio como el presente, aunque se concluyera que, en efecto, dicha AFP omitió el cumplimiento de sus obligaciones legales y se declarara la ineficacia de su afiliación inicial por una eventual falta de información relevante respecto de la conveniencia o inconveniencia de haberlo afiliado, no habría lugar a devolverlo a un régimen al cual nunca perteneció, advirtiendo en gracia de la discusión que, no se requería brindar información adicional en torno al mismo, pues se itera no pertenecía al mismo y no demostró que hubiere demostrado interés en el RPMPD antes de su decisión libre y voluntaria de afiliarse al RAIS, como así lo confiesa, es decir, cuando optó por pertenecer a uno de los dos regímenes pensionales que el sistema jurídico le dispensaba desde el primero de abril de 1994, por lo que tuvo un interregno de tiempo de casi dos (2) años para escoger el régimen pensional de su interés y, así, eligió a uno y no otro. De modo que en sentir de la Sala

no es dable concluir como lo pretende el recurrente, que hay lugar a declarar ineficaz la afiliación al sistema de pensiones del RAIS y ordenar el traslado al régimen donde nunca estuvo (RPMPD), sobre todo por ser tanto la UGPP como COLPENSIONES entidades que nada tuvieron que ver en el acto inicial de afiliación; pues de accederse se daría patente de curso para que el hoy demandante se afilie al RPMPD desconociendo los requisitos que en materia de traslado de regímenes se encuentran vigentes, máxime, cuando en toda su vida laboral nunca efectuó un sólo aporte al RPMPD, entre tanto sí los efectuó en su totalidad al RAIS, desde el 01 de enero de 1996 (pág. 33).

Es de recordar sobre este puntualísimo aspecto, que la consecuencia de la nulidad y/o ineficacia pretendida en el presente proceso, en los términos jurisprudenciales vigentes, es dejar sin efecto alguno dicho acto jurídico, «*debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban, es decir, como si ello no hubiera ocurrido*» (CSJ SL1421-2019), lo cual, en el caso de marras no es posible ante la ausencia de un traslado de régimen, implicando por el contrario, que el actor quedase desafiliado del sistema general de seguridad social en pensiones, lo cual sí comportaría una vulneración al derecho fundamental a la seguridad social en pensiones del aquí demandante.

En todo caso, ante la inaplicabilidad de las consecuencias que jurisprudencialmente se encuentran vigentes, debe decirse que eventualmente lo procedente sería imponer las sanciones previstas en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 pero ello no es lo que se solicita en esta causa, siendo igualmente asignada a las instancias administrativas allí señaladas. Sin que sea dable en este contexto decisonal, trasladar los perjuicios de las omisiones en el deber de información a Colpensiones o UGPP, o CAJANAL, entidades que no intervino en la decisión del afiliado al momento de optar por el RAIS, ni es responsable del deber de información que impone la doble asesoría que vino a establecerse con ocasión de la expedición de la Ley 1748 de 2014.

Finalmente, contrario a lo que señala el demandante en la alzada, no encuentra la Sala medio probatorio alguno que permita concluir que el actor en algún momento haya estado vinculado a CAJANAL, mucho menos que previo a la cotizaciones que comenzó a realizar a partir del 01 de enero de 1996 al RAIS, haya laborado a algunas de las entidades públicas, ya sea, Ministerio, establecimiento público o entidades territoriales, para de allí, verificar lo dicho en la alzada y desde luego viabilizar el

retorno al RPMPD en cabeza hoy día de COLPENSIONES. De tal modo, que no es posible acceder a las pretensiones de la parte actora.

En ese sentido, se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

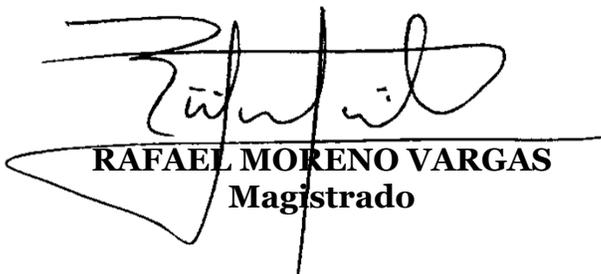
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

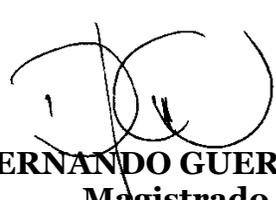
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022)

**PROCESO ORDINARIO LABORAL de LIBARDO SUESCUN PARRA contra
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-
Rad. 110013105-018-2019-00405-01.**

Con la finalidad de resolver el grado jurisdiccional de consulta, la Sala Cuarta de Decisión Laboral previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte actora, respecto de la sentencia proferida el 15 de octubre de 2020 por el Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

El señor **LIBARDO SUESCUN PARRA** presentó demanda ordinaria con el fin de que se ordene a COLPENSIONES concederle la pensión de vejez por haber cumplido con los requisitos de edad y semanas cotizadas para pensionarse antes del 31 de diciembre de 2014, aplicando en su integridad el Decreto 758 de 1990 a la solicitud de pensión, por pertenecer al régimen de transición. Se ordene a COLPENSIONES, pagar el retroactivo a que haya lugar hasta que se haga efectivo su pago, con los intereses e indexaciones definidos en la Ley.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, manifestó haber nacido el 15 de julio de 1956 y que a la fecha cuenta con 62 años de edad. El 24 de julio de 2018 solicitó el reconocimiento pensional por vejez ante COLPENSIONES, la cual lo negó, mediante las resoluciones SUB 208585 de fecha 06 de agosto de 2018 y SUB 302385 del 21 de noviembre de 2018. Anotó que cumple con los requisitos de semanas de cotización, según lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y 01 de abril de 1994, para ser beneficiario del régimen de transición, en concordancia con el Acto

Legislativo 01 de 2005 hasta el 31 de diciembre de 2014. Señaló que si bien no acreditaba el requisito de edad al 1° de abril de 1994, reunía el requisito de 15 años o más de servicios cotizados. Finalmente arguyó que por encontrarse cobijado con el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, se le debe aplicar en su integridad el régimen de pensiones anterior más favorable, esto es, el Decreto 758 de 1990 (Fls. 02 a 05).

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, argumentando que no es dable conceder la pensión de vejez al actor, puesto que el cumplió con los requisitos de edad y semanas cotizadas para pensionarse antes del 31 de diciembre de 2014, fecha hasta la cual, el Acto Legislativo 01 de 2005 extendió el régimen de transición, toda vez que para conservar el régimen de transición hasta el 2014, es necesario que los afiliados acreditaran o acrediten o la edad o los 15 años de servicio, y revisado la historia laboral del demandante y su fecha de nacimiento se tiene que para el 1 de abril de 1994 apenas contaba con 38 años, requiriendo 40 y con apenas 736.02 semanas, requiriendo 750 semanas, por lo cual, no se le hizo extensivo el régimen de transición. Propuso como excepciones de fondo, las de «Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido», «Prescripción», «La innominada» y «Buena fe» (Fls. 27 a 29).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el día 15 de octubre de 2021, absolvió a Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra y condenó en costas a la parte actora.

Para arribar a la anterior decisión, en síntesis señaló inicialmente que, si bien no se acreditó la fecha de nacimiento y por ende la edad del actor, con el documento idóneo como lo es registro civil de nacimiento, la entidad demandada hizo pronunciamiento en muchas ocasiones respecto de la edad del demandante, cuyo nacimiento fue el 15 de julio de 1956, por lo que la parte actora al 1° de abril de 1994 no tenía 40 años de edad, tenía 36 años de edad y por ende no cumple con uno de los primeros requisitos señalados por la norma. No obstante, encontró que tenía más de 15 años de servicios cotizados, por acreditarse a esa fecha 783 semanas, concluyendo así que cumplió con el requisito necesario para permanecer en el régimen de transición, inclusive, con lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005. Precisó en este punto que, para acceder al beneficio del régimen de transición, la edad y el número de semanas debe estar satisfecho completamente hasta el 31 de diciembre de 2014, empero, el actor cumplió

60 años de edad el 15 de julio de 2016; de este modo, concluyó que si bien es cierto el demandante cumple con el primero de los requisitos para mantenerse en el régimen de transición, esto es tener más de 750 semanas de cotización o lo que es lo mismo, tener más de 15 años de servicios, lo cierto es que ese régimen de transición culminó el día 31 de diciembre de 2014, por lo que antes de esa fecha el demandante debía reunir todos los requisitos para acceder al derecho a la pensión, lo cual no ocurrió, pues iteró que el demandante nació el 15 de julio de 1956, por lo que la edad de 60 años se cumplió en el año 2016, fecha posterior a la vigencia del Acto Legislativo. En tal medida, es bajo la égida de la normativa de la Ley 100 de 1993 que se deberá conceder la pensión, no obstante, la misma norma tuvo una modificación con la Ley 797 del año 2003 que elevó el número mínimo de semanas cotizadas y en el presente asunto el demandante a pesar de aportar la historia laboral, no cuenta con las semanas mínimas de cotización para acceder al derecho pretendido, por tal razón el despacho también debe señalar que bajo la norma de la Ley 100 de 1993 no satisface el requisito legal.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la parte actora guardó silencio, mientras que Colpensiones alegó solicitando la confirmación de la sentencia de primera instancia.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Corporación establecer si procede el reconocimiento de la pensión de vejez solicitada por la parte actora, para ello se analizará si el actor es beneficiario del régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y a la luz del Acto Legislativo 01 de 2005.

CONSIDERACIONES

Para resolver el problema jurídico se tiene que conforme a las resoluciones SUB 208585 del 06 de agosto de 2018, SUB 302385 del 21 de noviembre de 2018 y DIR 21621 del 14 de diciembre de 2018, la cédula de ciudadanía y el reporte de semanas cotizadas (fls. 6 a 19, y Exp. Adivo. Fl. 26) se evidencia que el demandante a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, si bien tenía menos de 40 años de edad si contaba con 788,15 semanas cotizadas, esto es, más de 15 años de servicio, lo que en principio lo hace beneficiario del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la citada disposición legal.

Determinado lo anterior, debe advertirse que de conformidad con lo dispuesto por el Acto Legislativo 001 de 2005 en su párrafo transitorio 4º, el régimen de transición no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010, con excepción de aquellos afiliados, que estando en dicho régimen, acrediten cotizadas 750 semanas a la fecha de vigencia de la citada reforma constitucional que ocurrió el 29 de julio de 2005, requisito que sin lugar a dudas acredita el demandante, conforme se ha advertido en precedencia, por tal razón, el demandante extendió el beneficio del régimen hasta el año 2014.

No obstante, debemos advertir que conforme se extrae de la fotocopia de la cédula de ciudadanía (fl. 13) para el 31 de diciembre de 2014, el actor contaba con 58 años de edad, siendo ello así, no queda duda alguna que el actor perdió el régimen de transición dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en la medida que no acreditó el cumplimiento de la totalidad de los requisitos exigidos en el Decreto 758 de 1990 para la causación del derecho pensional pretendido, que debía satisfacer con anterioridad a la fecha señalada en precedencia, pues esta fecha es el límite temporal de su aplicación.

En ese sentido, el actor a pesar de ser beneficiario del régimen de transición, tan solo contaba con la mera expectativa de adquirir el derecho pensional a futuro y bajo los parámetros establecidos en el Decreto 758 de 1990, sin embargo la misma no puede quedar indefinida en el tiempo, pues es claro que las expectativas legítimas deben estar sometidas a las normas vigentes, siendo ello así, necesariamente debe darse aplicación a lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005, del cual sin lugar a equívocos se colige que dadas las condiciones acreditadas por el actor, su expectativa legítima fenecía el 31 de diciembre de 2014, fecha para la cual se debía encontrar causado el derecho pensional con el cumplimiento no solo del tiempo de servicio o de cotizaciones al sistema, sino también con la edad que es igualmente un requisito de causación del derecho, situación que no ocurre en el caso bajo examen, pues la edad requerida no la adquirió el pensionado bajo la óptica del Acuerdo 049 de 1990, sino que fue cumplida tan solo hasta el día 15 de julio de 2016.

En concordancia con lo anterior, hace notar la Sala que la teoría planteada por el apoderado del demandante en el libelo inicial no tiene ningún asidero, pues es claro que el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, pervivió hasta la fecha indicada, pero sólo en virtud del régimen de transición consagrado en dicha norma. Por lo tanto, debe someterse su aspiración prestacional a la reforma pensional introducida por la Ley 797 de 2003.

Así se decidirá sin costas en esta instancia.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

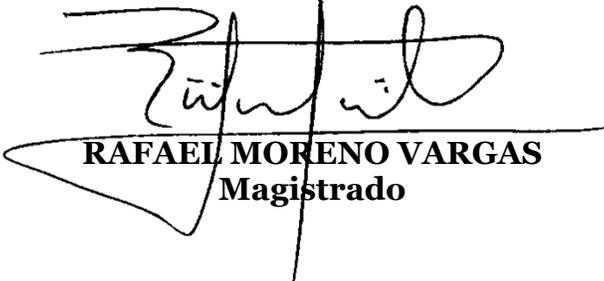
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.


RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.