



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **GLADYS LUNA SALGUERO** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.**

EXP. 11001 31 05 027 2020 00318 01.

Bogotá D.C., veintisiete (27) de abril de dos mil veintidós (2022).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, respecto de la sentencia proferida el 2 de febrero de 2022, por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declarara la ineficacia del traslado realizado del R.P.M.P.D. al R.A.I.S. administrado por PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. a causa de una falta en el deber de información por parte de las mencionadas A.F.P.; como consecuencia de ello, solicitó que se declarara que, para todos los efectos legales, la demandante nunca había estado afiliada al R.A.I.S. y su única afiliación válida es la realizada al R.P.M.P.D., por lo que requirió que se condenara a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES el valor total de los dineros que reposaran en la cuenta de ahorro individual de la afiliada y, a esta última, a recibir los dineros trasladados por la A.F.P. y a aceptar a la demandante en el R.P.M.P.D.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 18 de noviembre de 1965 e inició su vida laboral el 1.º de abril de 1985, realizando aportes al extinto I.S.S. desde la mencionada fecha hasta el 18 de diciembre de 1990, afiliándose a COLMENA S.A., hoy PROTECCIÓN S.A., el 27 de abril de 1999, para luego trasladarse a PORVENIR S.A. el 28 de diciembre de 2001.

Manifestó, que las A.F.P. mencionadas no cumplieron con su deber e información, puesto que no le informaron acerca de los efectos que tendría el traslado sobre su futuro pensional. Afirmó, que tampoco le informaron acerca de las desventajas del R.A.I.S., sus modalidades de pensión ni de los requisitos para obtener la pensión de vejez, solamente informando las ventajas del régimen privado de pensiones.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 6 de mayo de 2021, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (Archivo 04).

COLPENSIONES, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones, y en su defensa, 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 y no procedencia al pago en costas en instituciones administradoras | de seguridad social del orden público. (Carpeta 08, Archivo Contestación de COLPENSIONES, páginas 20-36).

PORVENIR S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones, y en su defensa, propuso como excepciones de mérito las de prescripción, buena fe e inexistencia de la obligación, compensación (Archivo 10, páginas 21-23).

PROTECCIÓN S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones, y en su defensa, propuso como excepciones de mérito 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, reconocimiento de restitución mutua en favor de la A.F.P.; 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, Inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, aplicación del precedente

sobre los actos de relacionamiento al caso concreto y traslado de la totalidad de los aportes a A.F.P. PORVENIR, (Archivo 12, páginas 17-22).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (Archivo 14).

III.SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 2 de febrero de 2022, declaró la ineficacia del traslado realizado por la demandante del R.P.M.P.D. al R.A.I.S., administrado por PROTECCIÓN S.A., así como los traslados realizados posteriormente entre administradoras del mismo régimen, como consecuencia de ello, condenó a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima y ordenó a esta última afiliar a la demandante al R.P.M.P.D. y a recibir los dineros trasladados por PORVENIR S.A.

Por último, declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y condenó en costas a PROTECCIÓN S.A. y a PORVENIR S.A. (Archivo 20 y Archivo audiovisual 21).

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

PROTECCIÓN S.A., interpuso recurso de apelación parcial en contra de la sentencia proferida en primera instancia, respecto de las condenas a trasladar los gastos de administración y de seguro previsional; argumentó, que PROTECCIÓN S.A. realizó una correcta administración de los aportes de la demandante durante el tiempo en el que esta permaneció afiliada a dicha A.F.P., lo cual se puede apreciar en los rendimientos generados, por lo que esta orden a devolver los gastos de administración y de seguro previsional, estaría desconociendo el derecho a las restituciones mutuas, establecido en el artículo 1746 del Código Civil; además, de que se estaría generando un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES, entidad que nunca administró el dinero de la demandante.

Arguyó, que tanto las cuotas de seguro previsional como los gastos de administración son descuentos autorizados por la ley, los cuales también se realizan en el R.P.M.P.D, además, se puede hablar de prescripción parcial de estos valores debido a que estos no están encaminados a garantizar el derecho pensional de la demandante.

Manifestó, que la demandante estuvo protegida durante el tiempo de afiliación a la A.F.P. debido a los seguros contratados por esta, y la no ocurrencia del siniestro no es razón para condenar a la devolución de las cuotas pagadas a las aseguradoras durante este tiempo.

PORVENIR S.A., apeló la sentencia en su totalidad, argumentando que no se cumplió con la carga probatoria a cargo de la demandante, puesto que no demostró las razones por las cuales solicitaba esta declaratoria de ineficacia, además de que no se cumplieron los requisitos para la declaratoria de ineficacia conforme a la ley.

Arguyó, que el consentimiento de la demandante sí fue informado, puesto que se entregó la información exigida por la ley

para el momento del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante.

Solicitó, que si se llegase a confirmar la decisión tomada en primera instancia, se revisara la condena a devolver todos los valores recibidos por parte de la demandante durante el tiempo en el que esta estuvo afiliada a PORVENIR S.A., toda vez que se incluye en dicha condena la orden a trasladar lo correspondiente a gastos de administración, los cuales son gastos que no forman parte del monto cotizado para generar el derecho a pensión y, además, existen en ambos regímenes, por lo cual se estaría generando un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES y se estaría yendo contra el principio de restituciones mutuas, al condenar a PORVENIR S.A. a devolver tanto los gastos de administración como los rendimientos financieros generados.

Por último, manifestó que la condena a devolver los montos deducidos por concepto de seguro previsional tampoco es procedente, toda vez que la aseguradora cumplió con su deber garantizando la cobertura de la demandante durante el tiempo en el que esta se encontró afiliada al R.A.I.S.

COLPENSIONES, apeló la sentencia en su totalidad, argumentó que en caso de alegarse un vicio en el consentimiento constitutivo de nulidad, la carga de la prueba recae sobre la parte que lo alega, y en ningún caso podrá invertirse dicha carga probatoria, por lo que en el caso presente la demandante debía probar el vicio del consentimiento alegado, además de que resulta desproporcionado colocar la carga de la prueba en las A.F.P. demandadas, esto debido a que nadie está obligado a lo imposible, por lo que no se puede requerir que las A.F.P. demandadas cumplir una obligación que no existía para el momento del traslado de régimen de la demandante.

Manifestó que en los casos de nulidad de traslado de régimen la más perjudicada es COLPENSIONES, pues se afecta seriamente la

sostenibilidad del sistema pensional que administra esta entidad, debido a todo el tiempo que ha estado la demandante en el R.A.I.S.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, atendiendo la nueva conformación de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, procedió a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

Lo anterior, atendiendo lo expuesto en las sentencias de tutela n.º CSJ STL, 13 de may. 2020 rad. 59412 y CSJ STL3716-2020, así como también, a la postura del Honorable Magistrado, Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia CSJ STL8125-2020, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, en virtud de los cuales he venido acatando la orden allí impartida, y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar la procedencia de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de la aquí demandante, por falta de información suficiente por parte de las administradoras demandadas. Así como también, si hay lugar o no, a la devolución de los rendimientos y gastos de administración a Colpensiones.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 18 de noviembre de 1965 (Archivo 02, página 1); **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 1º de abril de 1985 hasta el 18 de diciembre de 1990, 154.43 semanas (Carpeta 08, Archivo Reporte de semanas cotizadas en pensiones); **iii)** que el 27 de abril de 1999, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. COLMENA S.A., hoy PROTECCIÓN S.A., con fecha de efectividad desde 1º de junio de 1999 (Archivo 10, página 25 y Archivo 12, páginas 25 y 31), y que luego de varias transferencias entre administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad, actualmente se encuentra vinculada a PORVENIR S.A., con un total de 1146 semanas cotizadas, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa de en el Archivo 10, páginas 59 a 65.

El traslado de régimen por vinculación a una A.F.P., es un acto jurídico que requiere para su eficacia y validez, del consentimiento exento de vicios, objeto y causa lícita, así como el cabal cumplimiento de la forma solemne en los actos o contratos que así lo exijan.

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal b) estableció que la selección de uno cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones, será libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100 ibídem, que si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

El inciso 1.º del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladaran del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, que deberían entregar una comunicación escrita, donde constara que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, y el inciso 7.º del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera ‘preimpresa’ en el formulario de vinculación, de que la decisión que está tomando el afiliado es libre, espontánea y sin presiones, norma esta, que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

Así las cosas, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Al respecto, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008 rad. 31989 reiterada en la CSJ SL, 6 dic. 2011 rad. 31314, dijo:

“Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, 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, de ilustración suficiente 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.

Bajo estos parámetros 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.

En estas condiciones el engaño, no solo se produce 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 del actor a la entidad demandada.

No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña.”

Ahora bien, frente a la obligación de brindar información, en sentencia CSJ SL1688-2019, la mentada Corporación expuso:

“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios

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

Y en lo que respecta a la carga de la prueba, adujo:

“(…) es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

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

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

Estos criterios, fueron expuestos en la mentada sentencia de tutela CSJ STL8125-2020, M.P. Doctor Omar Ángel Mejía Amador, la cual, como en precedencia se dijo, llevó a cambiar el criterio que venía sosteniendo el suscrito frente al tema de las nulidades e ineficacias de traslado de régimen pensional.

En dicha acción constitucional, se adujo:

“En este fallo (CSJ SL4426-2019), la Sala precisó que, tratándose de procesos de ineficacia de traslado de régimen pensional, es a la administradora de fondos a la que incumbe demostrar que ha cumplido con sus afiliados el deber de información antes aludido, el cual comprende una descripción de las características de cada uno de los regímenes pensionales en un lenguaje comprensible y de fácil acceso para el afiliado.”

Así las cosas, conforme la jurisprudencia en cita, al alegarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al fondo de pensiones, sin que haga alguna diferencia si la afiliada era o no beneficiaria del régimen de transición, o tenía una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, la demandante, el 27 de abril de 1999, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLMENA S.A., hoy PROTECCIÓN S.A. (Archivo 12, página 25), para posteriormente trasladarse a PORVENIR S.A., administradora a la que se encuentra

afiliada actualmente, conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso, visible en el Archivo 10, página 57, los cuales, si bien refieren que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Frente al particular, la pluricitada CSJ SL1688-2019, expuso:

“(...) la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignada en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como “la afiliación se hace libre y voluntaria”, “se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones” u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo acreditan un consentimiento, pero no informado.”

Y en la acción de tutela, arriba citada, la cual llevó a cambiar el criterio de este Magistrado Sustanciador, se dijo:

“La Sala de Casación Laboral de esta Corte ha establecido que de la simple suscripción del formulario de afiliación no puede deducirse el cumplimiento del deber de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, de conformidad con lo previsto en el artículo 97 del Decreto 633 de 1993, contenido del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Precisamente, en la sentencia CSJ SL4426-2019, expresó:

De otra, porque la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”¹

Ahora bien, en lo que respecta a la falta de vicios en el consentimiento en el negocio celebrado entre la actora y los fondos de pensiones, es menester precisar que:

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

¹ CSJ STL8125-2020.

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

(...) Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos.”²

Posición esta, que fue replicada en la pluricitada sentencia de tutela CSJ STL8125-2020, con lo que no es posible aplicar dicho argumento, así como tampoco aquel referente a la ratificación del acto por traslado entre administradoras de fondos de pensiones.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de las A.F.P. accionadas que hubiesen suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Ahora bien, debe anotarse, frente a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual del actor, entre ellos, cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, debe decirse, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL1421-2019, señaló:

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

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la

² CSJ SL1688-2019, SL, 8 may. 2019 rad. 68838.

pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

Así mismo, en sentencia CSJ SL638-2020, indicó:

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

Por ello, al tenerse como nunca realizado el traslado, debe la demandada PORVENIR S.A. devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, entre ellos, cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, pues dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social.

Respecto de la excepción de prescripción, la mentada Colegiatura ha dicho que la acción de ineficacia de traslado pensión es imprescriptible, “(...) pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”³, por lo que resulta acertada la decisión del juzgador de primera instancia.

Por todo lo anteriormente expuesto, las anteriores consideraciones a juicio de la Sala resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la demandante el 27 de abril de 1999, cuando se trasladó del régimen de prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLMENA S.A., hoy PROTECCIÓN S.A., conforme al formulario de afiliación y

³ CSJ SL1688-2019.

traslado allegado al proceso (Archivo 12, página 25), así como la posterior afiliación realizada a PORVENIR S.A., administradora a la que se encuentra afiliada, por lo que, PORVENIR S.A. deberá trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, entre ellos, cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima que posea la demandante en su cuenta. En consecuencia, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 02 de febrero de 2022, por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

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

TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendándose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

(*) [Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado: 027 2020 00318 01 - OneDrive \(sharepoint.com\)](#)



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

DAVID A. J CORREA STEER

Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **JOSÉ LIBORIO TAMAYO CIPAGAUTA** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-.**

EXP. 11001 31 05 022 2017 00764 01

Bogotá D.C., veintisiete (27) de abril de dos mil veintidós (2022).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver la solicitud de nulidad propuesta por la parte demandante, así como el recurso de apelación de la demandada y surtir el grado jurisdiccional de consulta en su favor, respecto de la sentencia proferida el 26 de abril de 2021, por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, que se condene a Colpensiones a reliquidar y pagar la pensión de jubilación por aportes en los términos de la Ley 71 de 1998, en concordancia con el Artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994, a partir del 1.º de noviembre de 2012, en cuantía de \$779.257, teniendo en cuenta lo que devengó durante toda su vida laboral, incluyendo, además del sueldo básico, las horas extras y la prima de antigüedad devengadas y certificadas por la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial de Bogotá, entre el 16 de julio de 1984 y el 17 de marzo de 1997; consecuentemente, se condene al pago de los intereses moratorios establecidos en el Artículo 141 de la Ley 100 de 1993, por la demora en el reconocimiento y pago de las mesadas pensionales causadas a su favor desde el 10 de noviembre de 2012.

Como fundamento fáctico relevante de sus pretensiones, manifestó que nació el 13 de junio de 1952, cotizó para el Sistema de Seguridad Social en Pensiones, entre el 10 de septiembre de 1974 hasta el 28 de febrero de 2014, un total de 705,64 semanas; trabajó al servicio de la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial de Bogotá entre el 16 de julio de 1984 y el 17 de marzo de 1997, razón por la cual, cotizó a la Caja de Previsión del Distrito hasta el 31 de diciembre de 1995, un total de 589,28 semanas.

Adujo, que es beneficiario del régimen de transición establecido en el Artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por contar con más de 40 años de edad al 1.º de abril de 1994; que el 10 de julio de 2012, solicitó a COLPENSIONES el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación por aportes, la cual, fue reconocida por tal entidad mediante Resolución GNR n.º 094167 del 14 de mayo de 2013, a partir del 1.º de mayo de 2013, en cuantía de \$640.586; que en dicha

Resolución, la demandada, refiriéndose a la certificación para bono pensional expedida por la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial de Bogotá, señaló “*es necesario aclarar en cuanto a la liquidación, que los valores contenidos en la casilla 30 no fueron tenidos en cuenta, toda vez que no se especifica a que factores salariales corresponden*”, empero lo anterior, mediante oficio SG-TH-0110 del 26 de marzo de 2014, tal entidad adujo que en la Casilla n.º 30 certificó las horas extras devengadas mes a mes y la prima de antigüedad, factores establecidos en el Decreto 1158 de 1994.

Manifestó, que interpuso recurso de apelación frente a la mentada Resolución, frente al que COLPENSIONES mediante Resolución n.º VPB 20623 del 12 de noviembre de 2014, decidió reliquidar su pensión, teniendo en cuenta lo devengado durante toda su vida laboral, y afirmó que fueron incluidas en su historia laboral, las horas extras y la prima de antigüedad señaladas; sin embargo, tras revisar la liquidación efectuada por la entidad para expedir esta Resolución, se evidencia que la demandada no tuvo en cuenta todos los factores salariales y en los montos certificados por la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial (f.º 2-12).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Previa subsanación, la demanda se admitió el 14 de marzo de 2019, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (f.º 115).

COLPENSIONES, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, y propuso como excepciones de fondo, las que llamó: inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, carencia de causa para demandar, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social en el orden público, y prescripción (f.º 118-131).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 117).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 24 de enero de 2019, condenó a COLPENSIONES, a reliquidar la pensión de vejez del demandante, en cuantía inicial de \$679.652, a partir del 1.º de mayo de 2013, así como al pago de retroactivo de \$3.316.865 por concepto de diferencias pensionales causadas entre el 1.º de mayo de 2013 y el 31 de diciembre de 2019, valor que deberá pagarse de manera indexada, teniendo como I.P.C. final el del día en que se realice el pago, previo a los descuentos de ley a que haya lugar.

Además, declaró parcialmente probadas las excepciones de cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación, y absolvió a la demandada COLPENSIONES de las demás pretensiones incoadas por el demandante, y la condenó en costas (f.º 157).

En lo que interesa a la alzada, la *a quo* consideró que la demandante conservó el beneficio de la transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y que al haber prestado servicios a la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial, y tener semanas cotizadas en el I.S.S., le es aplicable lo dispuesto en la Ley 71 de 1988.

Adujo, que de conformidad con el Decreto 1158 de 1994, han de tenerse en cuenta como factor salarial que conforma el I.B.L. lo devengado por el demandante por concepto de prima de antigüedad y horas extras, valores que no fueron tenidos en cuenta por la demandada COLPENSIONES cuando liquidó la prestación que le fue reconocida, razón por la cual, accedió a la inclusión de los mismos.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La demandada, solicitó que fuese revocada su condena respecto de la reliquidación pensional ordenada, teniendo en cuenta que, la liquidación realizada por COLPENSIONES y que obra en el expediente incluyó todos los factores salariales correspondientes, y en razón a ello, la entidad expidió la Resolución n.º VPB 206623 del 12 de noviembre de 2014, donde se accedió a lo pretendido por el demandante, e inclusive, se tuvo en cuenta los periodos comprendidos entre el 16 de julio de 1984 al 17 de marzo de 1997.

Indicó, que ha de tenerse en cuenta, que la pensión fue reconocida bajo los parámetros de la Ley 71 de 1988, razón por la cual, el FONCEP hizo parte de su reconocimiento, respecto de los periodos cotizados a cajas de previsión social distintas a COLPENSIONES, por lo que la prestación reconocida estará a cargo de quien debe asumir un mayor valor en la mesada pensional, en este caso COLPENSIONES; sin embargo, de conformidad con la reliquidación efectuada por la Juzgadora de primera instancia, al tener en cuenta las cotizaciones efectuadas durante toda la vida laboral, la prestación debe estar a cargo del FONCEP.

Finalmente, solicitó que se revoque la imposición de costas procesales, en la medida en que la entidad actuó conforme a derecho, y conforme lo establecido en el numeral 5.º del Artículo 48 del Código General del Proceso, los requisitos de las administradoras públicas de pensiones son limitados, y no pueden ser destinados a fines distintos a los que la Ley y la Constitución previó, sumado a que tal imposición afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema.

V. CONSIDERACIONES

Resulta necesario, previo a resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, atender el incidente de nulidad

formulado por la apoderada de la parte demandante mediante memorial allegado vía correo electrónico el 26 de agosto de 2021.

Pretende la apoderada del demandante, que se declare la nulidad de lo actuado desde el 26 de abril de 2021, inclusive, y consecuentemente, se ordene al Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., programar la fecha de audiencia de que trata el Artículo 80 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, garantizando a las partes su participación en la misma, a través del envío del correspondiente link de ingreso a la diligencia, en los términos del Artículo 7.º del Decreto 806 de 2020.

Como fundamento fáctico de lo anterior, manifestó que el 30 de octubre de 2020, le fue devuelto por este estrado judicial al Juzgador de primera instancia el proceso de la referencia, con el fin de que procediese a reconstruir la audiencia pública llevada a cabo el 24 de enero de 2020; razón por la cual, el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante auto proferido el 20 de abril de 2021, fijó fecha para llevar a cabo tal trámite el 26 de abril de la misma anualidad.

Indicó, que desde el 21 de abril de 2021, intentó comunicarse en varias oportunidades con dicho Juzgado vía telefónica y electrónica, en aras de que le fuese remitido el archivo del expediente digital y el link de ingreso a la diligencia, empero lo anterior, nunca obtuvo respuesta, razón por la cual, pensó que tal diligencia no había sido llevada a cabo; hasta que fue proferido por el suscrito Magistrado, auto que dispuso admitir el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida el 26 de abril de 2021, por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá, por lo que considera vulnerado su derecho al debido proceso. (f.º 173-179)

Al respecto, resulta imperioso estudiar, lo que se señala en el Artículo 126 del Código General del Proceso, aplicable en materia

laboral por expresa remisión del Artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social:

“ARTÍCULO 126. TRÁMITE PARA LA RECONSTRUCCIÓN. En caso de pérdida total o parcial de un expediente se procederá así:

1. El apoderado de la parte interesada formulará su solicitud de reconstrucción y expresará el estado en que se encontraba el proceso y la actuación surtida en él. La reconstrucción también procederá de oficio.

2. El juez fijará fecha para audiencia con el objeto de comprobar la actuación surtida y el estado en que se hallaba el proceso, para lo cual ordenará a las partes que aporten las grabaciones y documentos que posean. En la misma audiencia resolverá sobre la reconstrucción.

3. Si solo concurriere a la audiencia una de las partes o su apoderado, se declarará reconstruido el expediente con base en la exposición jurada y las demás pruebas que se aduzcan en ella.

4. Cuando se trate de pérdida total del expediente y las partes no concurren a la audiencia o la reconstrucción no fuere posible, o de pérdida parcial que impida la continuación del proceso, el juez declarará terminado el proceso, quedando a salvo el derecho que tenga el demandante a promoverlo de nuevo.

5. Reconstruido totalmente el expediente, o de manera parcial que no impida la continuación del proceso, este se adelantará, incluso, con prescindencia de lo perdido o destruido.”

Además, se ha de acotar, que resulta necesario aclararle a la apoderada de la parte demandante, que la RAE entiende por reconstruir “*Volver a construir. Unir, allegar, evocar recuerdos o ideas para completar el conocimiento de un hecho o el concepto de algo.*”, por lo que, dando una interpretación de los anteriores preceptos al caso concreto, lo que se busca con tal figura es que se vuelva a llevar a cabo la audiencia de la cual no se encontró respaldo, con el fin de que se desarrollen nuevamente las actuaciones que ya habían sido surtidas en tal oportunidad, y el proceso quede en el estado en que se encontraba.

Así las cosas, reposa visible a folio 157, el acta de la audiencia que fue llevada a cabo por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. el día 24 de enero de 2020, donde, en el reverso se consignó lo siguiente: *“el apoderado de COLPENSIONES interpone recurso de apelación el cual es concedido en el efecto suspensivo”*, así mismo, se observa a folio inmediatamente anterior, el control de asistencia de la misma, en el cual, se señala como único interviniente, al Dr. Santiago Bernal Palacios, apoderado de la demandada COLPENSIONES.

Entonces, de conformidad con lo anteriormente señalado, para esta Sala de decisión resulta acertado concluir, que no se violó el derecho al debido proceso del demandante al aducir que no se le remitió el link de la mentada audiencia de reconstrucción, en aras de que pudiese recurrir la decisión tomada por la Juzgadora de Instancia, pues, fue la apoderada del demandante quien no asistió a la audiencia programada el 24 de enero de 2020, en la cual se profirió la sentencia de primera instancia, que abría la oportunidad de interponer el mentado recurso de apelación, por lo que, no puede ahora, con la interposición de éste incidente, pretender revivir oportunidades procesales que se encuentran precluidas, y que fueron perdidas en razón a una falta de diligencia de la apoderada, más aún cuando, no obra en el expediente excusa alguna de la apoderada en tal oportunidad.

Así las cosas, no resulta posible acceder favorablemente respecto del incidente propuesto, pues, la reconstrucción efectuada por la Juzgadora de Primera instancia se llevó de conformidad los lineamientos anteriormente esbozados, buscando una semejanza con la realidad del momento en que se celebró por primera vez la audiencia, por lo que, aún si en gracia de discusión, la apoderada de la parte demandante, hubiese asistido a la audiencia de reconstrucción, su recurso no hubiese sido procedente, pues, la

oportunidad procesal pertinente para tal efecto le había sido dada en la audiencia que se llevó a cabo el 24 de enero de 2020, a la cual no asistió.

Acto seguido, de conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala verificará como problema jurídico, establecer si a la demandante le asiste el derecho o no, a reliquidar la pensión de jubilación por aportes reconocida por COLPENSIONES, en el monto calculado por la *a quo*. Finalmente, se estudiará lo atinente a las costas procesales.

De entrada, lo primero que habrá de advertirse es que no existe discusión entre las partes, respecto que el demandante es beneficiario del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, porque siendo servidor público (f.º 17-25), al 1.º de abril de 1994, contaba con 42 años de edad (f.º 13), y a la entrada en vigencia del Acto Legislativo n.º 01 de 2005, contaba con más de 750 semanas, y por lo mismo, su derecho pensional es viable estudiarlo a la luz del artículo 7.º de la Ley 71 de 1988, reglamentado por el Decreto 2709 de 1994, que exige como requisitos para acceder a dicha prestación, acreditar 20 años de aportes privados o públicos sufragados en cualquier tiempo, sin importar si son cotizados a una caja o al I.S.S. y 60 años de edad para el caso de los hombres, veamos:

La conservación del régimen de transición en virtud del Acto Legislativo n.º 01 de 2005, se pudo constatar con las certificaciones de información laboral, expedidas por la Unidad Administrativa Especial para la Rehabilitación y Mantenimiento Vial, en donde consta que prestó servicios a tal entidad como Celador, ininterrumpidamente entre el 16 de julio de 1984 y el 17 de marzo de 1997 (f.º 17-25), y con el reporte de semanas cotizadas en pensiones efectuado por COLPENSIONES, visible a folio 14 y en el expediente administrativo que reposa en el CD del folio 136; que el demandante había cotizado, a 29 de julio de 2005, un total de 932,42 semanas,

algunas de ellas cotizadas a la Caja de Previsión Distrital y otras al extinto I.S.S., en todo caso, suficientes para completar las 750 exigidas a 29 de julio de 2005; por lo que el actor sí conservó el régimen de transición hasta diciembre de 2014, por acreditar las restricciones del Acto Legislativo n.º 01 de 2005.

Efectuadas las precisiones anteriores, resulta procedente señalar, que para dirimir el conflicto suscitado entre las partes, resulta procedente verificar, si la demandada COLPENSIONES incluyó todos los factores salariales previstos en el Decreto n.º 1158 de 1994, cuando efectuó el reconocimiento pensional del demandante.

Al respecto, ha de advertirse que tal normativa dispuso:

“Base de cotización. El salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:

- a) La asignación básica mensual;*
- b) Los gastos de representación;*
- c) La prima técnica, cuando sea factor de salario;*
- d) Las primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario;*
- e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;*
- f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;*
- g) La bonificación por servicios prestados;”*

Así las cosas, visible a folios 46 a 53 del expediente, se encuentra la Resolución n.º VPB 20623 del 12 de noviembre de 2014, mediante la cual, COLPENSIONES, aparentemente, accedió a lo pretendido por el aquí demandante, reliquidó la pensión que le había sido reconocida el 14 de mayo de 2013 (f.º 26-28), y tuvo en cuenta para obtener el ingreso base de liquidación de dicha prestación, los factores establecidos en el Artículo 1.º del Decreto 1158 del 3 de junio de 1994.

Empero lo anterior, reposa a folio 55 a 77, respuesta de COLPENSIONES a una petición elevada por el demandante, mediante la cual solicitó copia de la liquidación efectuada por tal entidad para expedir la Resolución n.º VPB 20623 del 12 de noviembre de 2014, en aras de conocer los factores salariales que fueron tenidos en cuenta para tal efecto (f.º 54), donde, COLPENSIONES, a fin de atender dicha solicitud, accedió a lo peticionado y anexó la liquidación efectuada, en la cual se detallan los tiempos que se tuvieron en cuenta para el reconocimiento de la pensión, así como el valor del IBL correspondiente a cada periodo.

Así las cosas, resulta procedente indicar, que al revisar tal documento (f.º55-77), y realizar una comparación del IBL allí consignado con los valores correspondientes al salario devengado por el demandante mes a mes, según las certificaciones de salario expedidas por la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial (f.º 17-25), se evidencia que, COLPENSIONES, al realizar la reliquidación pensional del demandante, tomó como IBL únicamente el valor de la asignación básica mensual, dejando de lado los valores consignados en la casilla 30 de cada certificado, correspondientes a *“Otros factores salariales pagados en el mes certificado (Dto. 1558)”*, que como ya se dijo, debían ser tenidos en cuenta para el reconocimiento de dicha prestación, razón por la cual, tal como lo advirtió la Juzgadora de Primera Instancia, le asiste derecho al demandante a reliquidar su pensión.

Entonces, revisadas las operaciones correspondientes efectuadas por la Juzgadora de Primera Instancia, ésta Sala advierte que las mismas resultan correctas, razón por la cual, se **confirmará** la sentencia apelada y consultada, en lo que tiene que ver con la reliquidación pensional solicitada.

Ahora bien, frente a la inconformidad del apelante respecto de la imposición de costas procesales en primera instancia, resulta menester señalar, que la condena en costas contiene una obligación procesal que se dirige contra el patrimonio de la parte vencida, y que otorga a favor del vencedor, el derecho a que le sean reintegrados los gastos procesales.

Por su parte, el artículo 366 numeral 4.º *ibidem*, dispone que: *«para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquéllas establecen solamente un mínimo, o éste y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas».*

A su turno, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura expidió el Acuerdo n.º 10554 de 2016, en los que se fijan los parámetros para la fijación de las agencias en derecho en los procesos declarativos y ejecutivos.

Así las cosas, atendiendo el marco normativo citado y en consideración a que en este proceso la parte demandada fue vencida en juicio, en efecto, las costas debían correr a cargo de este extremo procesal, razón por la cual, es claro que también hay lugar a **confirmar** la providencia apelada y consultada en este aspecto, en virtud de lo anteriormente expuesto.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

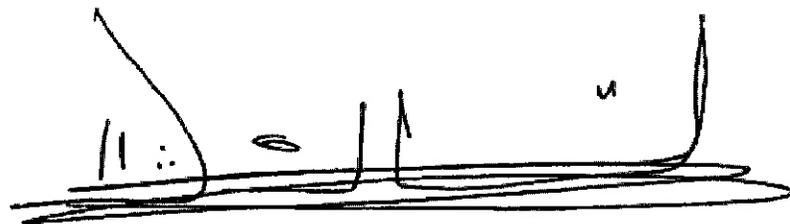
PRIMERO: NO ACCEDER al incidente de nulidad propuesto por la apoderada de la parte demandante, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de ésta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada, proferida por Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá, el 16 de diciembre de 2019, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **LILIANA JARAMILLO RÍOS** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.**

EXP. 11001 31 05 022 2021 00130 01.

Bogotá D.C., Veintinueve (29) de abril de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, respecto de la sentencia proferida el 7 de febrero de 2022, por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante que se declarara la nulidad o ineficacia del traslado realizado al R.A.I.S., administrado por PROTECCIÓN S.A. y, como consecuencia de esto, se condenara a dicha A.F.P. a devolver a COLPENSIONES todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora y rendimientos financieros devengados por el tiempo en el que la demandante estuvo afiliada.

De la misma manera, solicitó que se condenara a COLPENSIONES a reactivar la afiliación de la demandante, y a recibir los valores trasladados por PROTECCIÓN S.A.

De manera subsidiaria, solicitó que se tuviese el acto de traslado como inexistente y se declarara que para todos los efectos, la demandante, siempre estuvo afiliada al R.P.M.P.D., razón por la cual se debía condenar a PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES a todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora y rendimientos financieros devengados por el tiempo en el que la demandante estuvo afiliada, y a esta última, a recibir los dineros trasladados por parte de la A.F.P. demandada y a reactivar la vinculación de la demandante al R.P.M.P.D.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 20 de marzo de 1964, y estuvo afiliada al extinto I.S.S. desde el 13 de septiembre de 1994, trasladándose posteriormente al R.A.I.S. administrado por la A.F.P. DAVIVIR, hoy PROTECCIÓN S.A.

Arguyó, que el mencionado traslado de régimen pensional se dio sin tener información concreta, clara y veraz acerca de las consecuencias de su decisión, pues la A.F.P. DAVIVIR, hoy PROTECCIÓN S.A., no suministró la información necesaria al momento de la afiliación, pues no explicó los requisitos para generar

el derecho a la pensión, la forma en la que se calcularía su mesada pensional, las diferencias entre los regímenes pensionales existentes ni las ventajas y desventajas de cada uno de ellos.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 4 de junio de 2021, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (Archivo 003).

COLPENSIONES, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones propuestas en la demanda y en su defensa 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 la causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público (Archivo 005, páginas 39 - 57).

PROTECCIÓN S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones propuestas en la demanda y en su defensa propuso como excepciones de mérito 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, reconocimiento de restitución mutua en favor de la A.F.P.; inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia por falta de causa e inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe (Archivo 007, páginas 25 - 32).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (Archivo 009).

III.SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 7 de febrero de 2022, declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante al R.A.I.S. el 30 de octubre de 1995, como consecuencia de ello, declaró que para todos los efectos legales, la demandante nunca se trasladó del R.P.M.P.D., razón por la cual condenó a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la demandante, así como los rendimientos financieros generados, los bonos pensionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, los gastos de administración y el valor de las primas del seguro previsional, todos ellos debidamente indexados a la fecha de entrega a COLPENSIONES, quien deberá recibir los dineros provenientes de PROTECCIÓN S.A., y a efectuar los ajustes a la historia laboral de la demandante.

Por último, declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y condenó en costas a PROTECCIÓN S.A.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

PROTECCIÓN S.A., interpuso recurso de apelación parcial contra la sentencia proferida en primera instancia respecto a las condenas a trasladar a COLPENSIONES los valores correspondientes a gastos de administración y sumas de seguros previsionales, solicitando al tribunal fuesen revocadas.

Argumentó, que la declaratoria de la ineficacia debe ir acorde a lo dispuesto en el artículo 1746 del Código Civil, esto debido a que la ley faculta a las administradoras de ambos regímenes pensionales a

realizar los mencionados descuentos, los cuales no tienen como finalidad financiar la pensión de vejez, sino a cubrir los gastos que implican la afiliación al sistema y la administración de los aportes, labor realizada por parte de PROTECCIÓN S.A. durante el tiempo en que la demandada estuvo afiliada.

Solicitó, que se estudiará el caso particular del demandante, puesto que para el caso concreto podría ser más beneficioso que esta permaneciera en el R.A.I.S.

COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación contra la totalidad de la sentencia, argumentando que la interpretación realizada por el fallador de primera instancia del artículo 2.º de la Ley 797 de 2003, debido a que el juzgador no aplica lo allí dispuesto argumentando que dicha aplicación conllevaría a la prescripción de algún derecho pensional de la demandante, lo cual no es así, puesto que siempre que la demandante cumpla los requisitos de ley en uno u otro régimen será pensionada por vejez, por lo cual la aplicación de la prohibición en la que se encuentra la demandante no coartaría ningún derecho de la demandante.

Manifestó, que los supuestos fácticos del proceso no conllevan a declarar una falta al deber de información por parte de la A.F.P. demandada, toda vez que no se puede reputar como la misma el descontento de la demandante con el valor de su mesada pensional o el desconocimiento de las semanas cotizadas por parte de dicha A.F.P.

Solicitó que se analizara el papel de COLPENSIONES en el proceso, puesto que solo se tiene en cuenta los derechos prestacionales de la demandante, más no se está valorando la afectación generada a COLPENSIONES con este tipo de fallos, los cuales están generando un desbalance en la sostenibilidad financiera del sistema público de pensiones.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, atendiendo la nueva conformación de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, procedió a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

Lo anterior, atendiendo lo expuesto en las sentencias de tutela n.º CSJ STL, 13 de may. 2020 rad. 59412 y CSJ STL3716-2020, así como también, a la postura del Honorable Magistrado, Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia CSJ STL8125-2020, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, en virtud de los cuales he venido acatando la orden allí impartida, y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar la procedencia de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de la aquí demandante, por falta de información suficiente por parte de las administradoras demandadas. Así como también, si hay lugar o no, a la devolución de los rendimientos y gastos de administración a Colpensiones.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 20 de marzo de 1964 (Archivo 001, página 31); **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 13 de septiembre de 1994 hasta el 31 de octubre de 1995, 24,29 semanas (Carpeta 006, Archivo 1); **iii)** que el 30 de octubre de 1995, se trasladó

al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. DAVIVIR S.A., hoy PROTECCIÓN S.A., con fecha de efectividad desde 1.º de noviembre de 1995 (Archivo 007, páginas 75 - 77), A.F.P. a la que se encuentra vinculada en la actualidad, con un total de 511 semanas cotizadas, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa en el Archivo 007, páginas 42 a 48.

El traslado de régimen por vinculación a una A.F.P., es un acto jurídico que requiere para su eficacia y validez, del consentimiento exento de vicios, objeto y causa lícita, así como el cabal cumplimiento de la forma solemne en los actos o contratos que así lo exijan.

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal b) estableció que la selección de uno cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones, será libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100 ibídem, que si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

El inciso 1.º del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladaran del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, que deberían entregar una comunicación escrita, donde constara que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, y el inciso 7.º del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera 'preimpresa' en el formulario de vinculación, de que la decisión que está tomando el afiliado es libre, espontánea y

sin presiones, norma esta, que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

Así las cosas, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Al respecto, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008 rad. 31989 reiterada en la CSJ SL, 6 dic. 2011 rad. 31314, dijo:

“Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, 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, de ilustración suficiente 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.

Bajo estos parámetros 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.

En estas condiciones el engaño, no solo se produce 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 del actor a la entidad demandada.

No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña.”

Ahora bien, frente a la obligación de brindar información, en sentencia CSJ SL1688-2019, la mentada Corporación expuso:

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

Y en lo que respecta a la carga de la prueba, adujo:

“(…) es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

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

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

Estos criterios, fueron expuestos en la mentada sentencia de tutela CSJ STL8125-2020, M.P. Doctor Omar Ángel Mejía Amador, la cual, como en precedencia se dijo, llevó a cambiar el criterio que venía sosteniendo el suscrito frente al tema de las nulidades e ineficacias de traslado de régimen pensional.

En dicha acción constitucional, se adujo:

“En este fallo (CSJ SL4426-2019), la Sala precisó que, tratándose de procesos de ineficacia de traslado de régimen pensional, es a la administradora de fondos a la que incumbe demostrar que ha cumplido con sus afiliados el deber de información antes aludido, el cual comprende una descripción de las características de cada uno de los regímenes pensionales en un lenguaje comprensible y de fácil acceso para el afiliado.”

Así las cosas, conforme la jurisprudencia en cita, al alegarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al fondo de pensiones, sin que haga alguna diferencia si la afiliada era o no beneficiaria del régimen de transición, o tenía una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, la demandante, el 30 de octubre de 1995, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por DAVIVIR S.A., hoy PROTECCIÓN S.A., A.F.P. a la que se encuentra afiliada en la actualidad conforme al formulario de afiliación y traslado allegados al proceso, visible en el Archivo 007, página 77, el cuales, si bien refieren que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Frente al particular, la pluricitada CSJ SL1688-2019, expuso:

“(…) la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignada en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como “la afiliación se hace libre y voluntaria”, “se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones” u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo acreditan un consentimiento, pero no informado.”

Y en la acción de tutela, arriba citada, la cual llevó a cambiar el criterio de este Magistrado Sustanciador, se dijo:

“La Sala de Casación Laboral de esta Corte ha establecido que de la simple suscripción del formulario de afiliación no puede deducirse el

cumplimiento del deber de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, de conformidad con lo previsto en el artículo 97 del Decreto 633 de 1993, contenido del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Precisamente, en la sentencia CSJ SL4426-2019, expresó:

De otra, porque la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”¹

Ahora bien, en lo que respecta a la falta de vicios en el consentimiento en el negocio celebrado entre la actora y el fondo de pensiones, es menester precisar que:

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

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

(...) Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos.”²

Posición esta, que fue replicada en la pluricitada sentencia de tutela CSJ STL8125-2020, con lo que no es posible aplicar dicho argumento, así como tampoco aquel referente a la ratificación del acto por traslado entre administradoras de fondos de pensiones.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de las A.F.P. accionadas que hubiesen suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la

¹ CSJ STL8125-2020.

² CSJ SL1688-2019, SL, 8 may. 2019 rad. 68838.

celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Ahora bien, debe anotarse, frente a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual del actor, entre ellos, cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, debe decirse, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL1421-2019, señaló:

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

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

Así mismo, en sentencia CSJ SL638-2020, indicó:

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

Por ello, al tenerse como nunca realizado el traslado, debe la demandada PROTECCIÓN S.A. devolver el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la demandante, así como los rendimientos financieros generados, los bonos pensionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, los gastos de administración y el valor de las primas del seguro previsional, todos ellos debidamente indexados a la fecha de entrega, pues dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social.

Respecto de la excepción de prescripción, la mentada Colegiatura ha dicho que la acción de ineficacia de traslado pensión es imprescriptible, “(...) pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”³, por lo que resulta acertada la decisión del juzgador de primera instancia.

Por todo lo anteriormente expuesto, las anteriores consideraciones a juicio de la Sala resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la demandante el 30 de octubre de 1995, cuando se trasladó del régimen de prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por DAVIVIR S.A., hoy PROTECCIÓN S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (Archivo 007, página 77), por lo que, PROTECCIÓN S.A., administradora a la cual se encuentra actualmente afiliada, deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la demandante, así como los rendimientos financieros generados, los bonos pensionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, los gastos de administración y el valor de las primas del seguro previsional, todos ellos debidamente indexados a la fecha de entrega que posea la demandante en su cuenta. En consecuencia, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

³ CSJ SL1688-2019.

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 07 de febrero de 2022, por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá DC, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

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

TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado: [022 2021 00130 01 - OneDrive \(sharepoint.com\)](#)



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **MARIETTA VELÁSQUEZ RODRÍGUEZ** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.**

EXP. 11001 31 05 026 2019 00465 01.

Bogotá D.C., veintisiete (27) de abril de dos mil veintidós (2022).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, respecto de la sentencia proferida el 15 de diciembre de 2021, por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante que se declarara la nulidad del traslado realizado del R.P.M.P.D. al R.A.I.S., administrado por COLMENA S.A., hoy PROTECCIÓN S.A., como consecuencia de esto, solicitó que se ordenara a la mencionada A.F.P. trasladar todos los aportes realizados, junto con los rendimientos financieros y las semanas cotizadas, sin incluir en dicho traslado los gastos de administración y la comisión de seguros previsionales cobrados durante la vigencia de la afiliación, a COLPENSIONES, y que se condenara a esta última a aceptar el traslado de la demandante al R.P.M.P.D.

De manera subsidiaria, solicitó que se declarara la ineficacia del traslado realizado del R.P.M.P.D. al R.A.I.S., administrado por COLMENA S.A., hoy PROTECCIÓN S.A., como consecuencia de esto, solicitó que se ordenara a la mencionada A.F.P. trasladar todos los aportes realizados, junto con los rendimientos financieros y las semanas cotizadas, sin incluir en dicho traslado los gastos de administración y la comisión de seguros previsionales cobrados durante la vigencia de la afiliación, a COLPENSIONES, y que se condenara a esta última a aceptar el traslado de la demandante al R.P.M.P.D.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 27 de agosto de 1964, y cotizó en el extinto I.S.S. desde el 23 de octubre de 1986 hasta el 6 de agosto de 2002, fecha en la que se trasladó al R.A.I.S., administrado por COLMENA S.A., hoy PROTECCIÓN S.A.

Manifestó que el mencionado traslado se dio sin que mediara una debida asesoría por parte del asesor de COLMENA S.A., hoy PROTECCIÓN S.A., pues no recibió información clara, completa y

oportuna acerca de las implicaciones del cambio de régimen pensional ni de las consecuencias del traslado al momento de la vinculación ni durante la vigencia de esta.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió por medio de auto de fecha 18 de septiembre de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (Archivo 01, página 93).

COLPENSIONES, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones propuestas en la demanda, y en su defensa, propuso como excepciones de mérito las de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido y la no configuración del derecho al pago de intereses moratorios (Archivo 01, páginas 105 y 106).

PROTECCIÓN S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones propuestas en la demanda, y en su defensa, propuso como excepciones de mérito 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, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y reconocimiento de restitución mutua en favor de la A.F.P.: 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 (Archivo 01, páginas 133-139).

Por medio de auto proferido el 23 de septiembre de 2020, se tuvo por contestada la demanda por parte de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., adicionalmente, se ordenó vincular a PORVENIR

S.A. en calidad de litisconsorte necesario (Archivo 01, páginas 212 y 213).

PORVENIR S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones propuestas en la demanda, y en su defensa, propuso como excepciones de mérito 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 (Archivo 06, páginas 21 y 22).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (Archivo 12).

III.SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia de 15 de diciembre de 2021, declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante del R.P.M.P.D. al R.A.I.S. a partir de agosto de 2002; como consecuencia de ello, condenó a PROTECCIÓN S.A. a transferir a COLPENSIONES la totalidad de los aportes realizados por la demandante junto con los rendimientos financieros causados, sin que hubiese lugar a descuento por concepto de gastos de administración, de la misma condenó a PORVENIR S.A. a transferir a COLPENSIONES, los dineros descontados por concepto de gastos de administración por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada.

Por último, condenó a COLPENSIONES a aceptar dicha transferencia y a contabilizar las semanas cotizadas por la demandante, declaró como no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

PORVENIR S.A., apeló la sentencia proferida en primera instancia de manera parcial respecto al numeral tercero de la misma, el cual ordena devolver los gastos de administración generados durante el tiempo en que la demandada estuvo afiliada a dicha A.F.P., argumentó que en virtud de las restituciones mutuas es contradictorio que se condene a los fondos a devolver tanto los gastos de administración como los rendimientos financieros generados, dado que ambos conceptos nacen del traslado al R.A.I.S., pero se les da un trato diferenciado a la hora de declarar la nulidad del traslado; además, manifestó que los descuentos realizados se hicieron conforme a la ley vigente y se dieron a causa de la correcta administración y manejo que dio la A.F.P. a los dineros de la demandante durante el tiempo en que esta estuvo afiliada.

Arguyó, que **PORVENIR S.A.** debería conservar los montos mencionados, pues para realizar la devolución de estos debería extraerlos de su propio patrimonio, toda vez que el traslado realizado por parte de la demandante fue hecho a **HORIZONTE S.A.**, cuando ésta era una administradora independiente de **PORVENIR S.A.**, y la demandante se trasladó de la mencionada **HORIZONTE S.A.** a **PROTECCIÓN S.A.**

PROTECCIÓN S.A., apeló la sentencia proferida en primera instancia de manera parcial, respecto del numeral segundo de la misma, el cual ordena a **PROTECCIÓN S.A.** a devolver los gastos de administración generados, debido a que estos descuentos están autorizados por el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, y dichos descuentos operan en ambos regímenes pensionales.

Manifestó, que obra en el expediente el certificado de rendimientos de la cuenta de ahorros de la demandante, en el cual se aprecian las ganancias generadas debido a la administración de la A.F.P. por parte de **PROTECCIÓN S.A.**, por lo que condenar a esta a devolver los gastos de administración y los rendimientos financieros

generados, concebiría un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES por recibir montos que no están encaminados a garantizar la pensión de vejez de la demandante.

Por último, arguyó que la Superintendencia Financiera de Colombia, en concepto del 17 de enero del 2020, indicó que cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación no se deben trasladar los gastos de administración ni las primas de seguro previsional, además de que para estos valores opera la prescripción, dado que estos valores no están encaminados a financiar la pensión de vejez.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, atendiendo la nueva conformación de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, procedió a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

Lo anterior, atendiendo lo expuesto en las sentencias de tutela n.º CSJ STL, 13 de may. 2020 rad. 59412 y CSJ STL3716-2020, así como también, a la postura del Honorable Magistrado, Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia CSJ STL8125-2020, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, en virtud de los cuales he venido acatando la orden allí impartida, y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar la procedencia de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de la aquí demandante, por falta de información suficiente por parte de las administradoras demandadas. Así como también, si hay lugar o no, a la devolución de los rendimientos y gastos de administración a Colpensiones.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 27 de agosto de 1964 (Archivo 01, página 46); **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 12 de marzo de 1996 hasta el 31 de agosto de 2002, 454.43 semanas (Carpeta 02, Archivo Semanas Cotizadas); **iii)** que el 8 de agosto de 2002, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. ING S.A., hoy PROTECCIÓN S.A., con fecha de efectividad desde 1.º de octubre de 2002 (Archivo 01, páginas 149 y 167), y que luego de varias transferencias entre administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad, actualmente se encuentra vinculada a PROTECCIÓN S.A., con un total de 1340.57 semanas cotizadas, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa en el Archivo 01, páginas 169 a 182.

El traslado de régimen por vinculación a una A.F.P., es un acto jurídico que requiere para su eficacia y validez, del consentimiento exento de vicios, objeto y causa lícita, así como el cabal cumplimiento de la forma solemne en los actos o contratos que así lo exijan.

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal b) estableció que la selección de uno cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones, será libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100 ibídem, que si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

El inciso 1.º del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladaran del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, que deberían entregar una comunicación escrita, donde constara que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, y el inciso 7.º del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera ‘preimpresa’ en el formulario de vinculación, de que la decisión que está tomando el afiliado es libre, espontánea y sin presiones, norma esta, que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

Así las cosas, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Al respecto, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008 rad. 31989 reiterada en la CSJ SL, 6 dic. 2011 rad. 31314, dijo:

“Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas

todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, 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, de ilustración suficiente 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.

Bajo estos parámetros 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.

En estas condiciones el engaño, no solo se produce 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 del actor a la entidad demandada.

No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y

suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña.”

Ahora bien, frente a la obligación de brindar información, en sentencia CSJ SL1688-2019, la mentada Corporación expuso:

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

Y en lo que respecta a la carga de la prueba, adujo:

“(…) es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

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

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

Estos criterios, fueron expuestos en la mentada sentencia de tutela CSJ STL8125-2020, M.P. Doctor Omar Ángel Mejía Amador, la cual, como en precedencia se dijo, llevó a cambiar el criterio que venía sosteniendo el suscrito frente al tema de las nulidades e ineficacias de traslado de régimen pensional.

En dicha acción constitucional, se adujo:

“En este fallo (CSJ SL4426-2019), la Sala precisó que, tratándose de procesos de ineficacia de traslado de régimen pensional, es a la administradora de fondos a la que incumbe demostrar que ha cumplido con sus afiliados el deber de información antes aludido, el cual comprende una descripción de las características de cada uno de los regímenes pensionales en un lenguaje comprensible y de fácil acceso para el afiliado.”

Así las cosas, conforme la jurisprudencia en cita, al alegarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al fondo de pensiones, sin que haga alguna diferencia si la afiliada era o no beneficiaria del régimen de transición, o tenía una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, la demandante, el 6 de agosto de 2002, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por ING S.A., hoy PROTECCIÓN S.A. (Archivo 01, página 149), y, después de varios traslados entre administradoras del R.A.I.S., se encuentra actualmente afiliado a PROTECCIÓN S.A., conforme los formularios de afiliación y traslado allegados al proceso, visibles en el Archivo 01 página 150, y en el archivo 06 páginas 24 y 25, los cuales, si bien refieren que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Frente al particular, la pluricitada CSJ SL1688-2019, expuso:

“(...) la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignada en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como “la afiliación se hace libre y voluntaria”, “se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones” u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo acreditan un consentimiento, pero no informado.”

Y en la acción de tutela, arriba citada, la cual llevó a cambiar el criterio de este Magistrado Sustanciador, se dijo:

“La Sala de Casación Laboral de esta Corte ha establecido que de la simple suscripción del formulario de afiliación no puede deducirse el cumplimiento del deber de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, de conformidad con lo previsto en el artículo 97 del Decreto 633 de 1993, contenido del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Precisamente, en la sentencia CSJ SL4426-2019, expresó:

De otra, porque la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”¹

¹ CSJ STL8125-2020.

Ahora bien, en lo que respecta a la falta de vicios en el consentimiento en el negocio celebrado entre la actora y el fondo de pensiones, es menester precisar que:

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

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

(...) Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos.”²

Posición esta, que fue replicada en la pluricitada sentencia de tutela CSJ STL8125-2020, con lo que no es posible aplicar dicho argumento, así como tampoco aquel referente a la ratificación del acto por traslado entre administradoras de fondos de pensiones.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de las A.F.P. accionadas que hubiesen suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Ahora bien, debe anotarse, frente a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual del actor, entre ellos, cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración,

² CSJ SL1688-2019, SL, 8 may. 2019 rad. 68838.

debe decirse, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL1421-2019, señaló:

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

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

Así mismo, en sentencia CSJ SL638-2020, indicó:

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

Por ello, al tenerse como nunca realizado el traslado, debe la demandada PROTECCIÓN S.A. devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, entre ellos, la totalidad de los aportes realizados por la demandante junto con los rendimientos financieros causados, sin que hubiese lugar a descuento por concepto de gastos de administración, de la misma manera, PORVENIR S.A. deberá devolver los dineros descontados por concepto de gastos de administración por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada, pues dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social.

Respecto de la excepción de prescripción, la mentada Colegiatura ha dicho que la acción de ineficacia de traslado pensión es imprescriptible, “(...) pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de

*su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción*³, por lo que resulta acertada la decisión del juzgador de primera instancia.

Por todo lo anteriormente expuesto, las anteriores consideraciones a juicio de la Sala resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la demandante el 6 de agosto de 2002, cuando se trasladó del régimen de prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por ING S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (Archivo 01, página 149), así como las sucesivas afiliaciones a otras administradoras del R.A.I.S., por lo que, PROTECCIÓN S.A., administradora a la cual se encuentra actualmente afiliada, deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas la totalidad de los aportes realizados por la demandante junto con los rendimientos financieros causados, sin que hubiese lugar a descuento por concepto de gastos de administración, de la misma manera, PORVENIR S.A. deberá devolver los dineros descontados por concepto de gastos de administración por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada. En consecuencia, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

³ CSJ SL1688-2019.

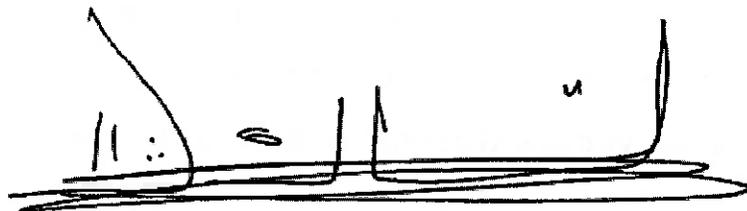
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 15 de diciembre de 2021, por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

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

TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado: [02620190046501 - OneDrive \(sharepoint.com\)](#)



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **CARMEN PATRICIA PÁEZ PÉREZ** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**

EXP. 11001 31 05 028 2019 00320 01.

Bogotá D.C., veintisiete (27) de abril de dos mil veintidós (2022).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, respecto de la sentencia proferida el 8 de febrero de 2022, por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante que se declarara la nulidad de la afiliación realizada el 1º de febrero de 1999 al R.A.I.S., administrado por PORVENIR S.A. y, como consecuencia de ello, se condenara a la mencionada A.F.P. a trasladar a COLPENSIONES todas las cotizaciones y rendimientos financieros que se encontraran en la cuenta de ahorro individual de la demandante, además, solicitó que se condenara a COLPENSIONES a recibir a la demandante en el R.P.M.P.D.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 4 de diciembre de 1959, y se vinculó al R.P.M.P.D. a partir del 13 de febrero de 1985, y cotizó en dicho régimen hasta el 1.º de enero de 1999, fecha en la que se trasladó al R.A.I.S. debido a las promesas realizadas por el asesor de PORVENIR S.A., quien manifestó que en el régimen privado podría pensionarse en el momento que quisiera y que el monto de su mesada pensional sería igual al del último salario devengado, además de que no recibió información acerca de los efectos de su traslado, sobre las ventajas o desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, ni se le informó acerca de las distintas modalidades de ahorro que presentaba el R.A.I.S.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se inadmitió el 14 de junio de 2019, y tras ser subsanada dentro del término legal, fue admitida y se ordenó su notificación y traslado a las demandadas (Archivo 01, página 60 y 61).

COLPENSIONES, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda y en su defensa propuso como excepciones de mérito 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 y buena fe (Archivo 01, página 72-74).

PORVENIR S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda y en su defensa propuso como excepciones de mérito 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 (Archivo 01, páginas 164 y 165).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (Archivo 01, página 210-211).

III.SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia emitida el 08 de febrero de 2022, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante el 14 de octubre de 1999 al R.A.I.S., administrado por PORVENIR S.A.; como consecuencia de ello, declaró a la demandada como válidamente afiliada al R.P.M.P.D., condenó a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los aportes, cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin realizar deducciones por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez o sobrevivencia.

Por último, condenó a COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante al R.P.M.P.D., declaró como no probadas las excepciones propuestas por las demandas y condenó en costas a las demandadas (Carpeta 06, Archivo audiovisual 3 y Archivo 07).

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

PORVENIR S.A. apeló la sentencia en su totalidad, argumentando que si bien existe un precedente jurisprudencial, este no se puede aplicar de manera homogénea a todos los procesos en los que se solicite la nulidad o ineficacia de la afiliación, pues para hacerlo debe existir una similitud entre las condiciones fácticas de cada caso, las cuales no se presentan en el caso actual, como quiera que el traslado de la demandante fue plenamente válido y se realizó conforme a la normatividad vigente para el momento del mencionado traslado, pues, para dicho momento, no existía la obligación de realizar una asesoría más allá de la establecida por la ley, tampoco se podía atribuir el deber de un buen consejo ni la necesidad de una doble asesoría, de la realización de una proyección pensional en ambos regímenes, ni mucho menos brindar la información de manera escrita, pues dichas cargas se impusieron con posterioridad a la afiliación de la demandante.

Arguyó, que la demandante contó con diversas oportunidades para regresar al R.P.M.P.D., a pesar de lo cual decidió permanecer en el R.A.I.S. de manera libre y voluntaria.

Manifestó, que conforme a la condena de devolver los gastos de administración, esta no resulta procedente en la medida en que contraviene las consecuencias jurídicas de la declaratoria de ineficacia.

Por su parte, **COLPENSIONES**, en su escrito de apelación, solicitó que se revocara la totalidad de la sentencia proferida, argumentó que la parte demandante nunca realizó actos que demostraran su inconformidad con permanecer en la A.F.P. demandada, además, de que han pasado una cantidad considerable de años, por lo cual el traslado de la demandante al R.A.I.S. ha sido ratificado por ésta, en virtud de lo establecido en el artículo 898 del

Código de Comercio y Sentencia SL 413 del 2018, SL 3753 del 2020 y SL 1061 del 2021.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, atendiendo la nueva conformación de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, procedió a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

Lo anterior, atendiendo lo expuesto en las sentencias de tutela n.º CSJ STL, 13 de may. 2020 rad. 59412 y CSJ STL3716-2020, así como también, a la postura del Honorable Magistrado, Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia CSJ STL8125-2020, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, en virtud de los cuales he venido acatando la orden allí impartida, y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar la procedencia de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de la aquí demandante, por falta de información suficiente por parte de las administradoras demandadas. Así como también, si hay lugar o no, a la devolución de los rendimientos y gastos de administración a COLPENSIONES.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 04 de diciembre de 1959 (Carpeta 01, Archivo 01, página 9); **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre

el 15 de marzo de 1985 hasta el 31 de enero de 1999, 596.43 semanas (Carpeta 02, Archivo Reporte de Semanas Cotizadas en Pensiones); **iii)** que el 14 de octubre de 1999 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. PORVENIR S.A., con fecha de efectividad desde 1.º de diciembre de 1999 (Carpeta 01, Archivo 01, página 199), A.F.P. a la que se encuentra afiliada actualmente con un total de 1670 semanas cotizadas, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa en la Carpeta 01, Archivo 01, página 193 a 197.

El traslado de régimen por vinculación a una A.F.P., es un acto jurídico que requiere para su eficacia y validez, del consentimiento exento de vicios, objeto y causa lícita, así como el cabal cumplimiento de la forma solemne en los actos o contratos que así lo exijan.

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal b) estableció que la selección de uno cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones, será libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100 ibídem, que si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

El inciso 1.º del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladaran del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, que deberían entregar una comunicación escrita, donde constara que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, y el inciso

7.º del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera ‘preimpresa’ en el formulario de vinculación, de que la decisión que está tomando el afiliado es libre, espontánea y sin presiones, norma esta, que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

Así las cosas, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Al respecto, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008 rad. 31989 reiterada en la CSJ SL, 6 dic. 2011 rad. 31314, dijo:

“Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, 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, de ilustración suficiente 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.

Bajo estos parámetros 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.

En estas condiciones el engaño, no solo se produce 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 del actor a la entidad demandada.

No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña.”

Ahora bien, frente a la obligación de brindar información, en sentencia CSJ SL1688-2019, la mentada Corporación expuso:

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

Y en lo que respecta a la carga de la prueba, adujo:

“(…) es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

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

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

Estos criterios, fueron expuestos en la mentada sentencia de tutela CSJ STL8125-2020, M.P. Doctor Omar Ángel Mejía Amador, la cual, como en precedencia se dijo, llevó a cambiar el criterio que venía sosteniendo el suscrito frente al tema de las nulidades e ineficacias de traslado de régimen pensional.

En dicha acción constitucional, se adujo:

“En este fallo (CSJ SL4426-2019), la Sala precisó que, tratándose de procesos de ineficacia de traslado de régimen pensional, es a la administradora de fondos a la que incumbe demostrar que ha cumplido con sus afiliados el deber de información antes aludido, el cual comprende una descripción de las características de cada uno de los regímenes pensionales en un lenguaje comprensible y de fácil acceso para el afiliado.”

Así las cosas, conforme la jurisprudencia en cita, al alegarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al fondo de pensiones, sin que haga alguna diferencia si la afiliada era o no beneficiaria del régimen de transición, o tenía una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, la demandante, el 14 de octubre de 1999, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A., A.F.P. a la que se encuentra afiliada en la actualidad, conforme los formularios de afiliación y traslado allegados al proceso, visibles en la Carpeta 01, Archivo 01, Página 199, el cual, si bien refieren que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Frente al particular, la pluricitada CSJ SL1688-2019, expuso:

“(…) la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignada en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como “la afiliación se hace libre y voluntaria”, “se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones” u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo acreditan un consentimiento, pero no informado.”

Y en la acción de tutela, arriba citada, la cual llevó a cambiar el criterio de este Magistrado Sustanciador, se dijo:

“La Sala de Casación Laboral de esta Corte ha establecido que de la simple suscripción del formulario de afiliación no puede deducirse el cumplimiento del deber de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, de conformidad con lo previsto en el artículo 97 del Decreto 633 de 1993, contenido del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Precisamente, en la sentencia CSJ SL4426-2019, expresó:

De otra, porque la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”¹

Ahora bien, en lo que respecta a la falta de vicios en el consentimiento en el negocio celebrado entre la actora y el fondo de pensiones, es menester precisar que:

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

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

(...) Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos.”²

Posición esta, que fue replicada en la pluricitada sentencia de tutela CSJ STL8125-2020, con lo que no es posible aplicar dicho argumento, así como tampoco aquel referente a la ratificación del acto por traslado entre administradoras de fondos de pensiones.

¹ CSJ STL8125-2020.

² CSJ SL1688-2019, SL, 8 may. 2019 rad. 68838.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de las A.F.P. accionadas que hubiesen suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Ahora bien, debe anotarse, frente a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual del actor, entre ellos, cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, debe decirse, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL1421-2019, señaló:

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

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

Así mismo, en sentencia CSJ SL638-2020, indicó:

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

Por ello, al tenerse como nunca realizado el traslado, debe la demandada PORVENIR S.A. devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, entre ellos, aportes, cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin realizar deducciones por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez o sobrevivencia, pues dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social.

Respecto de la excepción de prescripción, la mentada Colegiatura ha dicho que la acción de ineficacia de traslado pensión es imprescriptible, “(...) pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”³, por lo que resulta acertada la decisión del juzgador de primera instancia.

Por todo lo anteriormente expuesto, las anteriores consideraciones a juicio de la Sala resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la demandante el 14 de octubre de 1999, cuando se trasladó del régimen de prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (Carpeta 01, Archivo 01, página 199), por lo que, PORVENIR S.A., administradora a la cual se encuentra actualmente afiliada, deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los aportes, cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin realizar deducciones por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez o sobrevivencia, que posea la demandante en su cuenta. En consecuencia, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

³ CSJ SL1688-2019.

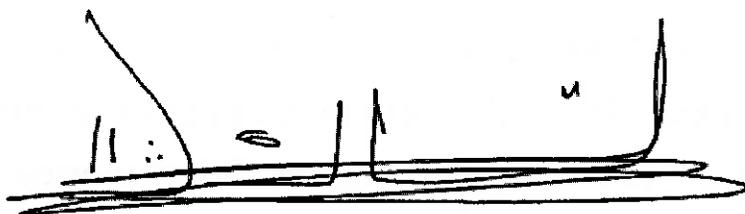
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 08 de febrero de 2022, por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

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

TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **JAIME GARCÍA CARDOZO** contra la sociedad **SCHRADER CAMARGO INGENIEROS ASOCIADOS S.A.**, y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.**

EXP. 11001 31 05 034 2019 00055 01

Bogotá D.C., veintisiete (27) de abril de dos mil veintidós (2022).

En la fecha arriba señalada y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación formulado por la demandada COLPENSIONES y surtir el grado jurisdiccional de consulta en su favor, respecto de la sentencia proferida el 22 de septiembre de 2021, por el Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA**I. ANTECEDENTES**

Pretendió el demandante, que se declare la existencia de un vínculo laboral con la demandada SCHRADER CAMARGO INGENIEROS ASOCIADOS S.A, durante los siguientes periodos:

DESDE	HASTA
28 de enero de 1972	8 de abril de 1972
9 de diciembre de 1972	14 de junio de 1974
28 de octubre de 1981	4 de abril de 1983
24 de agosto de 1987	26 de agosto de 1988
3 de octubre de 1988	12 de junio de 1990
29 de enero de 1992	8 de julio de 1992

Como consecuencia de lo anterior, se condene a la sociedad demandada a realizar los aportes pensionales de los periodos ya señalados, previo cálculo actuarial que realice COLPENSIONES; así mismo, se condene al pago de todos aquellos conceptos laborales que resulten probados.

Solicitó también, que se ordene a COLPENSIONES, dar respuesta de fondo al derecho de petición radicado por la sociedad demandada, donde se solicitó el cálculo actuarial comprendido entre el 3 de octubre de 1988 y el 12 de junio de 1990; que se condene a la administradora de pensiones demandada, a reconocer su pensión de vejez desde mayo de 2005, así como sus incrementos legales, descontando, para tal efecto, los dineros que ya le fueron cancelados con motivo de indemnización sustitutiva de pensión, pagados hacia el año 2007, por el entonces Instituto de los Seguros Sociales; y, finalmente, se condene a cancelar intereses moratorios de

conformidad con el Artículo 141 de la Ley 100 de 1993, desde el mes de agosto de 2005 a la fecha.

Como sustento relevante de sus pretensiones, manifestó que celebró varios contratos verbales de trabajo con la sociedad demandada, en el periodo comprendidos desde el 28 de enero de 1971 al 31 de agosto de 2002, en los cuales, desempeñó la labor de topógrafo en diferentes ciudades y pueblos del país; que el salario que devengó era el convenido por las partes, tal como se refleja en su historia laboral.

Señaló, que en el mes de junio de 2017, radicó derecho de petición ante COLPENSIONES, para que se incluyese en su historia laboral, las semanas que falten según el reporte de semanas cotizadas en el año 2006, realizado por el I.S.S.; que el 30 de agosto de dicha anualidad, la entidad contestó e informó la relación de semanas dejadas de cancelar por la sociedad demandada, y a su vez, se comprometió a cobrarle estos periodos directamente.

Finalmente, adujo que en el año 2007, el Instituto de Seguros Sociales, hoy COLPENSIONES, le reconoció indemnización sustitutiva de pensión de vejez (exp. dig., archivo 1.1, págs. 103- 112).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 6 de junio de 2019, ordenándose la notificación y traslado a las demandadas (exp. dig., archivo 1.1, págs. 115)

COLPENSIONES, contestó con oposición, para lo cual solicitó que se declare que en el presente proceso se presenta el fenómeno de cosa juzgada, toda vez que, dentro del proceso ordinario laboral con radicado n.º 11001310502120120051100, que se llevó a cabo ante el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., se elevó la pretensión

tendiente al reconocimiento y pago de la pensión de vejez del aquí demandante, situación que se asimila al presente asunto, pues, existe identidad de partes y de pretensiones, lo que no permite acceder por parte del despacho al estudio de la presente demanda, pues en dicha ocasión ya fue objeto de análisis.

Por otra parte, señaló que en caso de no accederse al pedimento anterior, ha de tenerse en cuenta, que no resulta procedente condenar a la entidad por hechos de terceros, tal como la existencia de un contrato o vínculo laboral con la sociedad demandada, así como tampoco, por la omisión frente al pago de cotizaciones en seguridad social que eventualmente haya realizado su empleador, pues, tales situaciones son ajenas a COLPENSIONES.

Argumentó, que el cálculo actuarial solicitado tampoco resulta procedente, pues, el mismo se realiza sólo a solicitud de parte, por lo que, para tal fin, la sociedad demandada debe allegar la misma, acompañada de la relación de los periodos que omitió cotizar al I.S.S., para que la entidad pueda proceder a su realización.

Adujo, que el demandante no logró extender el régimen de transición no acredita los presupuestos del Acuerdo 049 de 1990, sumado a que, a la fecha no cuenta con las 1300 semanas exigidas por la Ley 100 para poder cobijarse bajo tal régimen, lo que conlleva a concluir que no es posible despachar favorablemente las pretensiones de la demanda.

Finalmente, se opuso al reconocimiento y pago de intereses por mora, pues, los mismos son procedentes únicamente tratándose del no pago de una mesada pensional ya reconocida, situación que no acaeció en el presente caso.

Formuló la excepción previa de cosa juzgada, y propuso como excepciones de mérito las de inexistencia del derecho y de la

obligación, improcedencia de intereses moratorios e indexación, prescripción, y buena fe (exp. dig., archivo 1.6, págs. 1-23).

La sociedad **SCHRADER CAMARGO INGENIEROS ASOCIADOS S.A.**, se opuso a parcialmente la prosperidad de las pretensiones incoadas. Adujo, que tras revisar sus archivos, no puede reconocer la existencia de la relación laboral en todos los periodos indicados por el demandante, sino únicamente en los dos últimos reclamados, esto es, del 3 de octubre de 1988 al 12 de junio de 1990, y del 29 de enero de 1992 al 8 de julio de la misma anualidad; razón por la cual, consecuentemente, la supuesta omisión en el pago de aportes a pensión se torna improcedente.

Señaló, que en todo caso, en los supuestos municipios donde laboró el demandante, en los periodos en los que no se encontró información que permita confirmar la existencia de la relación laboral, no se encontraba vigente el Seguro Social obligatorio de invalidez, vejez y muerte en los términos de la Resolución n.º 831 de 1966.

Finalmente, en aras de demostrar su buena fe, sobre el periodo frente al cual se reconoce la existencia de un vínculo laboral con el demandante y la obligación del pago de aportes, indicó que el 10 de mayo de 2018, solicitó a COLPENSIONES que se emitiera un cálculo actuarial por ese periodo, sin embargo, tal petición fue negada por la codemandada, indicando que al demandante se le reconoció una indemnización sustitutiva de pensión de vejez, y por ende, no era posible acceder a la elaboración del cálculo actuarial por dicho periodo.

Finalmente, formuló como excepciones de fondo las de cobro de lo no debido por inexistencia de obligación, buena fe, y prescripción (exp. dig., archivo 1.1, págs. 189-197).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, fue notificada, pero guardó silencio (exp. dig., archivo 1.1, págs. 122-123).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 22 de septiembre de 2021, declaró que el demandante es beneficiario del régimen de transición de que trata el Artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez con base en el Acuerdo 049 de 1990, y su Decreto Reglamentario 758 del mismo año, a partir del 1.º de agosto de 2011, en cuantía equivalente al salario mínimo legal mensual vigente, junto con los incrementos anuales posteriores y en 14 mesadas al año. Consecuencialmente, condenó a COLPENSIONES al reconocimiento y pago a favor del demandante, del retroactivo pensional causado entre el 27 de agosto de 2014 y el 30 de agosto de 2021, en la suma equivalente a \$75.500.211.

Adicionalmente, ordenó a la demandada COLPENSIONES a incluir en nómina de pensionados al demandante, a partir del mes de octubre de 2021; y la condenó a pagarle los intereses moratorios de que trata el Artículo 141 de la Ley 100 de 1993, sobre las mesadas causadas y no pagadas a partir del 27 de agosto de 2014 y hasta que se verifique el pago de la obligación, que por esta sentencia se reconoce; y condenó en costas a las demandadas.

Finalmente, declaró probada parcialmente la excepción de prescripción respecto de las mesadas causadas y no pagadas entre el 11 de agosto de 2011 y el 26 de junio de 2014, y no probadas las demás; y negó las demás pretensiones de la demanda (exp. dig., archivo 14.2).

IV. RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES, solicitó la revocatoria de la sentencia en su totalidad, para lo cual, argumentó que dado que para el *a quo* no se configura el fenómeno de la cosa juzgada, ha de tenerse en cuenta que ésta entidad no tenía certeza del inicio de la relación laboral del demandante con la sociedad codemandada, razón por la cual, no puede computar semanas adicionales hasta tanto no se declarara la misma y el empleador no pagare el respectivo cálculo actuarial, por lo que se puede concluir que la entidad actuó conforme los preceptos fácticos y legales.

Aunado a lo anterior, manifestó que realizó el estudio para el reconocimiento de la pensión de vejez y encontró que el demandante no logró extender el régimen de transición, ni cumple con los requisitos para ser pensionado bajo la Ley 100 de 1993, por lo que el reconocimiento pensional del demandante debe ser negado.

Adujo, que ha de tenerse en cuenta que COLPENSIONES le reconoció al demandante, indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, bajo la Resolución n.º 2480084 del 4 de julio de 2007, lo que resulta incompatible con la solicitud de reconocimiento pensional, pues, las semanas cotizadas ya se tuvieron en cuenta para efectuar dicho reconocimiento.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, establecer si el demandante es beneficiario del régimen de transición, y con base en ello, si tiene derecho o no, a que se le otorgue la pensión de vejez con fundamento en las disposiciones del Acuerdo 049 de 1990. Ello, no sin antes verificar por cuestiones de método, si COLPENSIONES podía descontar del

cómputo de semanas, los periodos dejados de pagar por la sociedad demandada Schrader Camargo Ingenieros Asociados S.A.

Así, respecto de la mora del empleador, en reiterada jurisprudencia, el órgano de cierre de esta jurisdicción ha sostenido el criterio de que el hecho generador de las cotizaciones al sistema pensional es la relación de trabajo. Así, en la reciente sentencia SL-463 de 2021, la Corte aclaró que la actividad efectiva, desarrollada en favor de un empleador, es la generadora de la obligación de aportar al sistema pensional a nombre del trabajador afiliado.

Sobre la mora del empleador y la falta de cobro por parte de las Administradoras de Pensiones, se ha dicho que estas no pueden afectar al trabajador para el reconocimiento pensional (CSJ SL2984 de 2015, entre otras muchas), y que para que el empleador sea condenado a pagar los aportes, *“es necesario que existan pruebas razonables o inferencias plausibles sobre la existencia del vínculo laboral subordinado, bien bajo la égida de un contrato de trabajo o de una relación legal y reglamentaria. Es decir, los periodos que se reclaman al empleador deben tener sustento en una relación de trabajo real.”* (CSJ SL463 de 2021).

En el caso objeto de estudio, lo primero que ha de advertir ésta Sala de decisión, es que tal como señaló la Juzgadora de Primera Instancia, dentro del proceso no existió discusión respecto de la existencia de vínculo laboral entre el demandante y la sociedad demandada, pues, sobre éste punto, la controversia radica únicamente en sus extremos temporales.

Al respecto, ha de señalarse que, a página 30 del archivo n.° 1.1. del expediente digital, reposa certificación expedida el día 7 de junio de 1993, donde la demandada SCHRADER CAMARGO INGENIEROS ASOCIADOS S.A. señaló que el demandante estuvo vinculado a ésta empresa desempeñando el cargo de Topógrafo, durante todos y cada uno de los periodos sobre los que se pretende su reconocimiento,

empero lo anterior, tal documento fue desconocido por la sociedad demandada en su contestación, donde alegó que en sus archivos, sólo encontró información que respalde la vinculación del demandante, desde el 3 de octubre de 1988 hasta el 12 de junio de 1990, y del 29 de enero de 1992 al 8 de julio de 1992, razón por la cual, únicamente aceptó la existencia del vínculo laboral durante los mismos.

Por lo anterior, no incurrió en error la Juzgadora de primera instancia, al tener en cuenta tales períodos dentro de la densidad total de semanas cotizadas, pues, como ya se advirtió, no existe duda respecto de la existencia de tal vínculo laboral entre el demandante y entre la sociedad demandada, por lo que la mora en el pago de sus aportes, no podría afectar al trabajador demandante, toda vez que, de conformidad con el Artículo 24 de la Ley 100 de 1993, es deber de las administradoras de pensiones, efectuar las acciones de cobro pertinentes ante los empleadores morosos; deber que no es reciente, pues se encuentra consagrado en nuestra legislación, desde 1988 en el Decreto 2665.

Ahora, aclarado lo anterior, procede la Sala a la verificación de los requisitos para acceder a la prestación por vejez o jubilación, en favor del demandante Jaime García Cardozo, así:

En ningún yerro incurrió la juzgadora de primera instancia al declarar que el demandante es beneficiario del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, porque se encuentra acreditado dentro del plenario, conforme la cédula de ciudadanía visible en la página 3 del archivo 1.1 del expediente digital, que el demandante nació el 4 de abril de 1945, de manera que, se podría decir que en principio el demandante por edad, era beneficiario de dicho régimen de transición, dado que se encontraba afiliado al subsistema general de pensiones desde el 5 de agosto de 1974 (Exp. Dig., archivo 1.1., pág 20), y a la entrada en vigencia de dicha norma, contaba con más de 48 años de edad.

Ahora, el párrafo 4.º transitorio del Acto Legislativo 1.º de 2005, estableció que el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no podría extenderse más allá del 31 de julio de 2010, salvo para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia de dicho Acto Legislativo, a los cuales se les mantendría el mismo hasta el año 2014, situación que, tal como lo señaló el *a quo*, no fue alcanzada por el demandante, pues, para el 29 de julio de 2005, apenas contaba con 748 semanas cotizadas.

En tal condición, y para seguir siendo beneficiario del régimen de transición, debía cumplir con las reglas previstas por el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, antes del 31 de julio de 2010, esto es, 60 años de edad para los hombres, 500 semanas cotizadas en los 20 años anteriores al cumplimiento de dicha edad, o 1000 en cualquier época.

Al respecto y en aras de evaluar el cumplimiento de tales requisitos, se tiene que para el 31 de julio de 2010, el demandante tenía más de 60 años de edad, lo que denota el cumplimiento del primero de los mentados.

Acto seguido, y dado que el demandante no cuenta con un total de 1.000 semanas cotizadas en cualquier tiempo, resulta procedente pasar a verificar, si efectivamente, en el periodo comprendido entre el 3 de abril de 2005 y el 4 de abril de 1985, esto es, los 20 años anteriores al cumplimiento de sus 60 años, cotizó un total de por lo menos 500 semanas; así, luego de realizar los cálculos aritméticos correspondientes, se tiene que en efecto, tal como lo señaló la Juzgadora de instancia, el demandante superó dicha exigencia, pues, encontró ésta sala que para dicha data, contaba con un total de 547 semanas cotizadas, lo que le permite al demandante mantener su régimen de transición y consolidar un total de 942,85 semanas

cotizadas, donde se encuentran sumadas las semanas correspondientes a los periodos que registran mora, e incluso descuento por intereses moratorios, así como las correspondientes a los periodos del 3 de octubre de 1988 al 12 de junio de 1990, y del 29 de enero de 1992 al 8 de julio del mismo año, frente los cuales la sociedad demandada aceptó la existencia del vínculo laboral.

Ahora bien, respecto al disfrute de la pensión de vejez, debe advertirse que para determinar este aspecto, según el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, debe tomarse en cuenta hasta la última cotización al Sistema, razón por la cual, resulta procedente considerar que el demandante tenía derecho a la pensión de vejez a partir del 1.º de septiembre de 2011, dado que según el reporte de semanas cotizadas obrante a página 20 y siguientes del archivo n.º 1.1. del expediente digital, la última cotización realizada a su nombre al sistema corresponde al ciclo de agosto del mismo año.

En cuanto al IBL a tener en cuenta, esta Sala advierte que al hacerle falta al demandante más de 10 años para pensionarse, a la entrada en vigencia de la Ley 100, este componente debe calcularse con base en el artículo 21 ibídem. Este artículo dispone que el IBL corresponde al promedio de los salarios o rentas sobre los cuales hubiere cotizado el afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento pensional incluyéndose hasta la última semana de cotización, en el presente asunto del ciclo de agosto de 2011 hacia atrás, esto es, entre agosto de 2001 a agosto de 2011, revisado el reporte de semanas cotizadas se desprende que el salario base de cotización correspondió al salario mínimo legal mensual vigente, y al efectuarse las operaciones junto con la tasa de reemplazo que asciende al 71.5% conforme al parágrafo 2.º del artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990 y a la densidad de 942,85 semanas, dicha liquidación resulta inferior al mínimo legal vigente, por lo que resultó acertada la decisión del juez

de reconocer en cuantía equivalente al mínimo legal para el 2011, esto es, \$535.600, pues de lo contrario se estaría en contravía de lo normado en el artículo 48 de la Constitución Nacional y el Acto Legislativo 01 de 2005, lo que además da lugar a la **confirmación** de la decisión tendiente a reconocer la pensión de vejez al demandante, con base en el Acuerdo 049 de 1990, por ser beneficiario del régimen de transición contemplado en el Artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Dicha mesada, deberá ser reajustada anualmente conforme el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, y pagarse en 14 mesadas al año, en virtud a que el derecho se causó antes del 31 de julio de 2011, y en un valor inferior a 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes para 2011, de acuerdo con lo establecido por el Acto Legislativo 01 de 2005.

Sobre el retroactivo que le corresponde al demandante, se autorizan los descuentos que por los aportes en salud debe asumir el pensionado, con el fin de no alterar el correcto funcionamiento del Sistema de Seguridad Social (artículo 204 Ley 100 de 1993, CSJ SL6472-2014 y SL6446-2015), así como el descuento de lo pagado por concepto de indemnización sustitutiva de pensión de vejez.

En los anteriores términos queda resuelto el recurso de apelación y surtido el grado jurisdiccional de consulta.

Sin costas en la instancia, ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

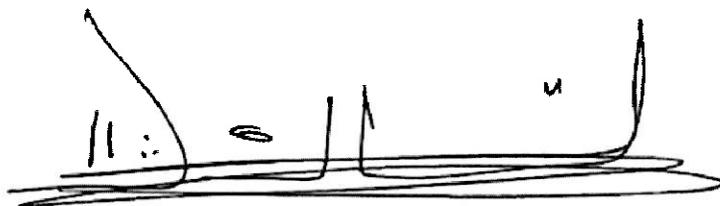
PRIMERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada, proferida el 22 de septiembre de 2021, por el Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo considerado en la parte motiva de esta providencia.

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

TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

DAVID A. J CORREA STEER

Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **JAVIER EDUARDO ORTIZ TORRES** contra la **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P.**

EXP. 11001 31 05 035 2019 00527 01

Bogotá D.C., veintisiete (27) de abril de dos mil veintidós (2022).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de surtir el grado jurisdiccional de consulta, en favor de la parte DEMANDANTE, respecto de la sentencia proferida el 7 de julio de 2021, por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, en lo que interesa a la alzada, que se declare que como trabajador de la empresa demandada, se encuentra afiliado a la organización sindical ‘Sindicato de Trabajadores y Empleados de Servicios Públicos, Corporaciones Autónomas, Institutos Descentralizados y Territorios de Colombia – “SINTRAEMSDDES”’; que es beneficiario de la Convención Colectiva suscrita el 24 de noviembre de 2014 entre su empleador y dicho sindicato, razón por la cual, pese a que el 2 de enero de 2013, suscribió un contrato a término fijo con la demandada, el mismo, en virtud de tal convención colectiva, pasó a ser a término indefinido. Consecuencialmente, se condene a la demandada a insertar en dicho contrato de trabajo dicha anotación, y, a reconocerle todos y cada uno de los beneficios convencionales pactados, a que tiene derecho, causados desde la fecha de su vinculación, incluyendo su reintegro en el evento de terminación del contrato de trabajo y/o pago de indemnización por despido sin justa causa.

Como sustento fáctico relevante de sus pretensiones, señaló que los servidores públicos de la entidad demandada son trabajadores oficiales, quienes crearon la organización sindical Sintraemsdes, que a su vez celebró el 24 de noviembre de 2015, una Convención Colectiva de Trabajo con dicha entidad, en cuyo artículo 57, se pactó que para garantizar la estabilidad de los trabajadores, los contratos de trabajo se suscribirán a término indefinido, así como los de los vinculados a la mencionada fecha.

Señaló, que el 2 de enero de 2013, suscribió con la demandada el contrato de trabajo a término fijo con registro n.º 36999 con duración hasta el 1.º de julio siguiente, para desempeñarse en el cargo de Tecnólogo Operativo Nivel 32; el citado contrato fue prorrogado en varias ocasiones hasta el 31 de diciembre de 2013, al 30 de junio y al 31 de diciembre de 2014, al 31 de mayo y al 30 de noviembre de 2015; posteriormente, se celebró otro contrato a término fijo n.º 37036999 con vigencia entre el 2 de diciembre de

2015 y el 31 de diciembre de 2016, con prórrogas hasta el 31 de diciembre de 2017, 31 de diciembre de 2018, 31 de diciembre de 2019, tiempos durante los cuales ha ejecutado el mismo cargo.

Agregó, que se encuentra afiliado a Sintraemsdes, y como se le efectúan descuentos con destino a la misma, es beneficiario de la mencionada Convención Colectiva de Trabajo, «por ende su estabilidad no está sujeta a participar en el concurso al cual hace alusión la referida convención (...) capítulo VII (...) en el denominado “Régimen de Transición”», porque fue establecido para el ingreso de trabajadores con posterioridad a la firma de esta; reclamó administrativamente el 30 de mayo de 2019, pero fue negada el 25 de junio siguiente; la demandada abrió concurso para proveer el cargo que ocupa en la actualidad, y lo sometió a participar en el mismo, por lo tanto, desconoce que en la realidad se encuentra vinculado a término indefinido (exp. dig., archivo 1, págs. 5-29).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Previa subsanación, la demanda se admitió el 8 de noviembre de 2019, ordenándose su notificación y traslado a la demandada (exp. dig., archivo 1, págs. 234).

La **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ -EAAB - E.S.P.**, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas por la demandante. Adujo, que la norma convencional es clara y no es susceptible de interpretaciones con alcances distintos a los allí dispuestos, además, manifestó que la empresa no ha negado en ningún momento los beneficios convencionales al trabajador y ha cumplido a cabalidad sus obligaciones como empleador.

Propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, compensación, buena

fe de la entidad y mala fe del demandante (exp. dig., archivo 1, págs. 5-29).

MISIÓN EMPRESARIAL S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, por cuanto el contrato que celebró con la aquí demandante culminó hace más de 10 años, por lo que se encuentra prescrito, sumado a ello, manifestó que dicho contrato se suscribió bajo la modalidad de obra o labor, para la prestación de servicios como trabajadora en misión de acuerdo a los presupuestos de la Ley 50 de 1990 y finalizó por la terminación de la labor para la cual fue contratada (exp. dig., archivo 1, págs. 239-259).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 7 de julio de 2021, absolvió a la EMPRESA DE ACUEDUCTO DE BOGOTÁ E.S.P. de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, y condenó en costas al demandante en la suma de \$50.000 pesos (exp. dig., archivo 23).

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala verificará como problema jurídico, si según los artículos 57 y 58 de la Convención Colectiva de Trabajo celebrada el 24 de noviembre de 2015, entre la demandada y Sintraemsdes, el contrato del demandante debe ser celebrado a término indefinido; para posteriormente, verificar la viabilidad de la imposición de costas procesales a la parte demandante.

Sintraemsdes, suscribió el 24 de noviembre de 2015, una convención colectiva con la demandada para la vigencia 2015-2019 (exp. dig., archivo 1, págs. 82-180), que dicho sea de paso se aportó

con el lleno de los requisitos legales y jurisprudenciales (artículo 469 del Código Sustantivo de Trabajo - CSJ SL8718-2014, SL21776-2017, SL265, y SL535 ambas de 2018). Al respecto, debe indicarse, además, que no fue objeto de discusión que el demandante hace parte de dicha organización sindical, pues así fue admitido por la demandada al contestar el hecho 25 de la demanda (exp. dig., archivo 1, pág. 246).

Efectuada la lectura de la convención colectiva reseñada, tenemos que es acertado el entendimiento otorgado por el Juzgador de Primera Instancia, al texto establecido en el artículo 57, dado que dice lo siguiente:

«CLASE DE CONTRATO: Con el objeto de garantizar la estabilidad de los trabajadores entiéndase que todos los contratos que suscriba la empresa con los trabajadores, serán celebrados a término indefinido. La empresa se compromete a vincular a todos sus trabajadores oficiales mediante contrato de trabajo a término indefinido previo concurso de mérito con los criterios del escalafón.

Respecto a los trabajadores actualmente vinculados, la clase y naturaleza de los contratos serán a término indefinido, entendiéndose como tales, aquellos que tienen vigencia mientras subsisten las causas que le dieron origen y la materia del trabajo. (...) (Negrillas y subrayas de la Sala).

Por su parte, el artículo 58, contiene excepciones al artículo 57 en comento, en los siguientes términos:

«CONTRATO OCASIONAL Y TRANSITORIO Y A TÉRMINO FIJO: La Empresa podrá celebrar contratos que no tengan el carácter de contratos a término indefinido, cuando se trate de la realización de una obra o labor determinada, de la ejecución de un trabajo ocasional, accidental o transitorio, casos en los cuales podrá celebrarse por el tiempo que dure la realización de esta obra o trabajo únicamente.

De manera excepcional, la Empresa podrá vincular trabajadores mediante contrato laboral a término fijo única y exclusivamente en los eventos de remplazo de personal en vacaciones o en licencia. El término de estos contratos no podrá ser superior a la duración de las vacaciones y licencias en virtud de las cuales se realizan.

Así mismo se autoriza en caso de vacaciones definitivas, evento en el cual la duración del contrato no podrá ser en ningún caso superior a cinco (5) meses por cada una de las convocatorias que hubiere que realizar.

PARÁGRAFO: Lo anterior sin perjuicio de otorgar los encargos al personal de planta de acuerdo con las necesidades del servicio, caso en el cual la vinculación que aquí se autoriza procederá respecto de la vacancia que el encargo implica.

En ningún caso podrá vincularse trabajadores mediante contrato laboral al término fijo que no obedezca a las anteriores justificaciones ni por términos mayores a los especificados para cada evento.»

De acuerdo con lo anterior, es claro que la Convención Colectiva de Trabajo vigente entre los años 2015 y 2019, estableció en el artículo 57, una garantía de estabilidad laboral consistente en que los contratos celebrados por la entidad serían a término indefinido, previo concurso de méritos; pero también en el artículo siguiente, se autorizó a la empresa para que en 4 casos, efectúe la contratación de personal temporal o a término fijo, bajo ciertas condiciones:

Objeto del contrato	Duración
1.- Para la realización de una obra o labor determinada y la ejecución de un trabajo ocasional, accidental o transitorio.	Tanto cuanto dure la realización de la obra, labor o trabajo ocasional.

2.- Para reemplazar personal en vacaciones o licencias.	Tanto cuanto dure la situación administrativa de vacaciones o licencia, sin que pueda superar tal término.
3.- Para cubrir vacancias definitivas, evento en el cual la duración del contrato no podrá ser en ningún caso superior a cinco (5) meses por cada una de las convocatorias que hubiere que realizar.	No podrá, en ningún caso, superar el término de cinco meses.
4.- Para reemplazar personal que se encuentre en situación de encargo.	Tendrá la misma duración del encargo del titular en otro cargo.

Según la documental que reposa de f.º 35 a 37, se encuentra que entre las partes se suscribieron dos contratos de trabajo a término fijo; uno el 2 de enero de 2013, con base en lo dispuesto en la Ley 6.^a de 1945, el Decreto 2127 de 1945, y el Acta de Acuerdo celebrada en diciembre de 2012, entre la E.A.A.B. E.S.P. y la Subdirectiva de Bogotá de Sintraemsdes, por lo que se implantó que en cumplimiento a lo establecido en los artículos 23 a 25 de la Convención Colectiva de Trabajo 2012-2014, «*se vienen adelantando los estudios correspondientes para definir el Modelo Público de Gestión Comercial, Operativa y Social de los Servicios de Acueducto y Alcantarillado, el cual estará definido en el año 2013, por lo que es necesario celebrar contratos de trabajo a término fijo, por un período de 6 meses, según el modelo público que se defina, todo conforme el acta suscrita entre Sintraemsdes Subdirectiva Bogotá y la EAAB ESP de diciembre de 2012, que da alcance a la Convención Colectiva de Trabajo 2012-2014 y que forma parte integral de este contrato*», por lo anterior, de esa forma se pactó su duración con la Dirección de Gestión de Compensaciones, así como sus prórrogas para desempeñarse en la División de Servicio de Acueducto y Alcantarillado de la Zona 5; de

modo que, estas situaciones bien se enmarcan en la regla 1.^a de la reseñada excepción.

El otro contrato, se suscribió con la Dirección de Mejoramiento de la Calidad de Vida el 2 de diciembre de 2015, de acuerdo con lo reglado en la Ley 6.^a de 1945, los Decretos 2127 de 1945, 1083 de 2015, y la Convención Colectiva de Trabajo 2015-2019, para desempeñarse en la Gerencia Corporativa de Servicio al Cliente; y al respecto, ha de advertirse que según el artículo 57 ya transcrito, para que se efectúe la vinculación de los trabajadores oficiales mediante contrato de trabajo a término indefinido, debe haber mediado con anterioridad un concurso de méritos con los criterios del escalafón, pues así se pactó en el inciso n.º 13 del preámbulo de la Convención Colectiva, y en los artículos 42 y 43, que regulan lo atinente al escalafón, promoción, los criterios para la elaboración de pruebas y el proceso de selección.

Aunado a ello, en los artículos 38 a 43, se pactó que a partir de la firma de dicha Convención Colectiva de Trabajo (24 de noviembre de 2015), la única planta de personal que existirá en la E.A.A.B. E.S.P., será la planta de personal mínima oficial acordada en la misma, esto es, 3539 cargos de trabajadores oficiales y 79 de empleados públicos, más 363 trabajadores oficiales que hacen parte de los procesos de lectura, revisiones internas, reparto y volanteo, y 69 trabajadores oficiales del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo. Lo cual considera la Sala que no contradice en absoluto lo dispuesto en el Acuerdo 24 del 20 de noviembre de 2015 (exp. dig., archivo 1, págs. 186-200), en tanto que la planta de personal mínima que se acordó entre el sindicato y la demandada, es superior en número de trabajadores a los números establecidos por la Junta Directiva de la demandada, en el mencionado Acuerdo (3166 trabajadores oficiales que incluyen los 1193 cargos que se acordó crear en el artículo 1.º).

También, se pactó en los citados artículos 38 a 43, que para implementar los procesos de selección para llenar las vacantes que se generen, se debe dar aplicación al Ciclo de Desarrollo Humano que se aprueba, el cual se adelantará con base en unas priorizaciones de participación por parte de los trabajadores vinculados, en 4 etapas iniciando con aquellos que tienen contrato a término indefinido, luego los de contrato a término fijo o prestación de servicios con un tiempo superior a 4 años, luego por quienes tienen la misma modalidad contractual pero con vinculación entre 1 y 4 años, y finalizando con los que tengan cualquier modalidad de contrato con servicios por medios de un año o con personal externo.

A quienes se exceptúa del proceso de selección, es a los trabajadores ingresados antes de la firma de la convención colectiva, pero con una vinculación a término indefinido, por razones de su experiencia empírica, situación que no es la del demandante, por lo que, para que pueda entrar a suscribir una modalidad contractual como esa, debe primero haber superado el concurso de méritos respectivo

Además de lo anterior, en los artículos 49 a 52 y 54, se estableció un régimen de transición para quienes como el demandante, están contratados bajo las modalidades de contrato a término fijo y labor contratada para facilitar su ingreso con contrato a término indefinido a través de concurso de méritos de los trabajadores de la planta de personal oficial de la E.A.A.B. E.S.P., desde el 1.º de diciembre de 2015 hasta el 30 de noviembre de 2020, por lo que como el demandante era parte de la planta transitoria, se pactó en dicho articulado que su contrato a término fijo venció el 30 de noviembre de 2015, tal y como da cuenta la última prórroga del primer contrato y el memorando interno n.º 1410001-2015-1151, visibles en la página 47 del archivo número 1, del expediente digital.

De igual forma, se estableció que dichos trabajadores «a partir del 1.º de diciembre de 2015, (...) serán vinculados con contrato a término fijo, dentro

de la Planta Oficial Definitiva de la EAAB ESP por un término inicial de 13 meses que irá desde el 1.º de diciembre de 2015 hasta el 31 de diciembre de 2016. Estos contratos se prorrogarán automáticamente conforme con lo establecido en el capítulo de Formalización Laboral contenido en la presente Convención Colectiva de Trabajo», y que se les aplicaría la evaluación de eficiencia, que fue lo que ocurrió con el demandante, si se observa tanto el contenido, duración y prórrogas del segundo contrato suscrito con la demandada ya reseñado, como la evaluación aportada a página 288.

Así las cosas, el demandante sin duda alguna debió hacer parte del concurso de méritos conforme las 3 convocatorias que dispuso el artículo 53, con la gran ventaja que según el párrafo 1.º, se podía inscribir en ellas, y aspirar al ascenso sin límite de niveles con las restricciones señaladas en la Convención Colectiva de Trabajo.

Máxime, que el Comité de Desarrollo Humano y Empresarial – CODHE, a través de las actas del 16, 19 de octubre y 21 de diciembre de 2018, pactó no solo con Sintraemsdes, sino con Sintraserpucol, aprobar la realización del concurso de méritos para la provisión de vacantes mediante contrato de trabajo a término indefinido, en los términos visibles de la página 301 a 316 del archivo n.º 1 del expediente digital, por lo que se sacó a concurso un número total de 2521 vacantes en un solo proceso licitatorio que debió iniciarse en el 2018, en cumplimiento de lo dispuesto en las convenciones colectivas suscritas con las dos organizaciones sindicales mencionadas.

De igual forma, en dichas actas se aprobó la forma de inscripción a las convocatorias, lo relacionado con la lista de elegibles y el modelo de probabilidad frente al puntaje definitivo, las respectivas actualizaciones de contratos, y los proyectos de resolución para establecer el proceso de selección y adoptar un procedimiento transitorio para proveer cargos, lo cual se materializó finalmente en las Resoluciones n.º 081 y 082 del 29 de enero de 2019, y 0288 del 7 de abril de 2020, visibles de la página 317 a 347 del archivo 1.º del expediente digital, última en la que además se dispuso

el proceso de selección y promoción de personal para proveer vacantes mediante concurso de méritos.

Con base en lo hasta aquí expuesto, se concluye que la intelección efectuada por el demandante es errónea, sin que se pueda pasar por alto, que por el solo hecho de hacer renovaciones ininterrumpidas a los contratos de trabajo a término fijo, no significa que se cambie la naturaleza del contrato y que se mute a uno de duración indefinida, porque ello depende siempre del acuerdo de voluntades (CSJ SL, 5 may. 2006 rad. 27034 y SL, 1.º dic. 2009 rad. 35902); por lo que no es válido el argumento del demandante consistente en que mientras subsistan las causas que le dieron origen, el vínculo permanecerá vigente en el tiempo (CSJ SL, 7 feb. 2003 rad. 19343), pues el empleador es libre de escoger la modalidad contractual que más convenga a sus necesidades, por ende, el contrato a término fijo, goza de plena legitimidad dentro del ordenamiento aplicable a los trabajadores oficiales.

Las convenciones colectivas constituyen un todo, por tanto, para desentrañar la intención de las partes, su interpretación debe ser integral, armónica y útil a los intereses y expectativas razonables de ambas partes (CSJ SL17030-2016), sin que sea viable acudir al principio de favorabilidad, porque este opera únicamente ante la coexistencia de normas vigentes que regulan la materia en una situación de duda (artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo y CSJ SL, 11 mar. 2009 rad. 35213, SL450-2018 y SL2343-2020), lo que aquí no ocurre; tampoco puede alterarse el contenido de las mencionadas normas. De los textos aducidos no se derivan multiplicidad de interpretaciones que abran paso a la selección de una más favorable, cuestión suficiente para dar traste con lo invocado por el demandante (CSJ SL, 15 feb. 2011 rad. 40662 rememorada en la SL12032-2015).

Las cláusulas en pugna, no admiten deducciones ni suposiciones, ni de las mismas se advierte duda u oscuridad, que permita a la Sala hacer conjeturas o elucubraciones en aplicación del principio de favorabilidad, para realizar una lectura inaceptable que traicione su contexto, pues para que sea viable la utilización de tal principio, necesariamente debe existir ambivalencia en la intelección de la disposición legal o convencional, conforme lo ha explicado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en las sentencias SL14064-2016 y SL5132-2017, última en la que indicó: *«[...] no puede tener cabida el principio de favorabilidad, cuando la norma con la cual se soluciona la [...] controversia judicial, es diáfana en su intención, espíritu y tenor literal, que no origina ningún conflicto o duda en su aplicación».*

Es que la duda que se pueda generar en la aplicación o en la interpretación de las fuentes formales del derecho laboral y de la seguridad social, debe ser aquella que se encuentre en la mente del juzgador y no la que propongan las partes. De no existir tal duda, no se abre el camino para acudir al referido principio de la favorabilidad (CSJ SL14064-2016 reiterada en la SL1240-2019).

Valga aclarar, que pese a la relevancia de la convención colectiva de trabajo en el marco del derecho a la negociación colectiva, y no obstante que, al examinar la naturaleza jurídica que le es propia, y de manera especial su campo de aplicación, se observan características que ciertamente desbordan los límites que la ley y la doctrina han señalado para los contratos de derecho común, es indudable que bajo nuestro sistema legal, ese convenio tiene origen y causa contractualista, por lo mismo, tal aspecto determina que sean, en primer término, las partes que lo celebran, las más autorizadas para fijar un alcance determinado, o contenido de cualquiera de sus disposiciones, salvo, eso sí, cuando se adviertan dos o más interpretaciones razonables, y pueda acogerse la más favorable para

los trabajadores, lo cual, en verdad, en este caso concreto por ningún lado se presentan.

Ahora bien, si bien es cierto que los jueces gozan de un amplio margen de independencia y autonomía al momento de fijar el alcance de este tipo de acuerdos bilaterales entre trabajador y empleador, también lo es que dicha interpretación no puede ser arbitraria o desatender los términos naturales o literales en que las partes pactaron determinados beneficios o derechos; así que, siendo claro el alcance de las disposiciones contenidas en la convención colectiva a que se ha hecho referencia, y con independencia de la autonomía normativa que le es propia, no hay motivo alguno para apartarse de su tenor literal.

Finalmente, es necesario precisar que el modelo de interpretación que ha tomado esta Sala como ejemplo, es lo adoctrinado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL15963-2016, rememorada en la SL16994-2017, proferidas dentro de procesos en contra de la misma entidad demandada en los que se ha planteado como problema jurídico uno similar al aquí dilucidado, y es, sin lugar a dudas, establecer si entre las partes en dichos litigios se configuró un solo contrato de trabajo a término indefinido regulados por articulados con la misma redacción a los aquí estudiados pero de Convenciones Colectivas vigentes en años anteriores al período en el cual estuvo vigente el acuerdo convencional aquí analizado.

Basta con lo dicho, para **confirmar** la sentencia apelada, porque como no es posible derivar más interpretaciones de la cláusula convencional que se estima inobservada, no puede el Tribunal fijar un alcance no previsto en aquella.

Ahora, respecto de la imposición de costas procesales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso, numeral 1.º del Código General del Proceso, aplicable al

procedimiento laboral por remisión del artículo 145 del C.P.T y S.S. dispone que debe condenarse en costas a la parte vencida en juicio, o a quien se le resuelvan desfavorablemente los recursos de apelación, casación o revisión que haya interpuesto.

Ahora bien, la condena en costas contiene una obligación procesal que se dirige contra el patrimonio de la parte vencida, y que otorga a favor del vencedor, el derecho a que le sean reintegrados los gastos procesales.

Por su parte, el artículo 366 numeral 4.º *ibídem*, dispone que: *«para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquéllas establecen solamente un mínimo, o éste y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas».*

A su turno, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura expidió el Acuerdo n.º 10554 de 2016, en los que se fijan los parámetros para la fijación de las agencias en derecho en los procesos declarativos y ejecutivos.

Así las cosas, atendiendo el marco normativo citado y en consideración a que en este proceso la parte actora fue vencida en juicio, en efecto, las costas debían correr a cargo de este extremo procesal, razón por la cual, es claro que también hay lugar a **confirmar** la providencia consultada en este aspecto, en virtud de lo anteriormente expuesto.

Sin costas en esta instancia ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**

D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 7 de julio de 2021, por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

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

TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendiéndose a los términos previstos en el Artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:

<https://etbcj->

[my.sharepoint.com/:f/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/Enox1TU3QPhAmhxEfMBnVYYBeHMwS6nvWS7idqsY1Tx33Q?e=sapuyg](https://etbcj-my.sharepoint.com/:f/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/Enox1TU3QPhAmhxEfMBnVYYBeHMwS6nvWS7idqsY1Tx33Q?e=sapuyg)