REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **02 2018 00274 01**
Demandante:	DIOSELINA RODRIGUEZ VELASQUEZ
Demandados:	COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., en contra de la sentencia proferida el 8 de septiembre de 2021 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá.

De igual manera, el presente proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora DIOSELINA RODRIGUEZ VELASQUEZ promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., con la finalidad que se declare que fue inducida en error por parte de PORVENIR S.A., al momento del traslado que efectuó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad que administra esa demandada, en consecuencia, se declare la nulidad de la afiliación que suscribió para tal fin el 30 de marzo de 2000, en atención al perjuicio que le ocasionó.

Como consecuencia de tales declaraciones, pretende se ordene a COLPENSIONES reactive su afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida al cual se encontraba afiliada antes del traslado de régimen, se ordene a PORVENIR S.A. devuelva a COLPENSIONES todos los dineros recaudados por concepto aportes a pensión, junto con sus respectivos rendimientos y por último, pretende se condene a las demandadas al pago de costas y agencias en derecho, además de lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra* y *extra petita.*

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el día 29 de enero de 1960 y ha efectuado aportes al Régimen de Prima Media con Prestación Definida a través de diferentes empleadores desde el 19 de abril de 1974 hasta el 30 de marzo de 2000 y en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad desde el 1º de abril de 2000 hasta la fecha, alcanzando más de 1652 semanas, igualmente, mencionó que presta sus servicios para el SENA como Instructora desde el 4 de abril de 1991.

De otro lado, aludió que la demandada PORVENIR desplegó una campaña de promoción en pensiones obligatorias al interior del SENA, a fin de que los trabajadores se trasladaran al régimen que administra. De ese modo, con información falsa fue convencida de trasladarse por parte del fondo privado, suscribiendo el formulario de afiliación el 30 de marzo de 2000, con la promesa de una mesada superior a la que obtendría en el I.S.S., entidad que sería liquidada y sus aportes a pensión se perderían.

De la misma forma, adujo que el 21 de mayo de 2008 solicitó al I.S.S. el traslado de régimen, petición que fue denegada mediante oficio No. 3062 del 21 de julio de 2008, la cual reiteró el 15 de noviembre de 2017, empero, nuevamente fue negada por COLPENSIONES, aduciendo que se encuentra a menos de 10 años para pensionarse. Igualmente, radicó derecho de petición ante PORVENIR el 30 de noviembre de 2017 solicitando se le indicara cual fue la información que se le suministró al momento del traslado, ofreciendo respuesta esa administradora el 5 de diciembre de 2017, sosteniendo que toda la información fue suministrada de manera verbal.

Además, expuso que no es experta en temas pensionales y que la demandada PORVENIR le indicó que no cuenta con el capital necesario para acceder a una pensión por un monto equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente, aunado a que no es beneficiaria del régimen de transición y que su permanencia en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad le genera un perjuicio incalculable e irremediable.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contra, aduciendo que la demandante está inmersa en la prohibición del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, y no ha realizado aportes al fondo común, por lo que no puede beneficiarse de los aportes efectuados por los demás afiliados, adicionalmente esa entidad no participó en el negocio jurídico celebrado entre el fondo de pensiones del Régimen de Ahorro Individual y la actora.

Como excepciones formuló las de inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción y la innominada o genérica. (Fls. 54 a 63 - Archivo 01).

Entre tanto, PORVENIR S.A. se opuso a todas pretensiones presentadas en su contra, argumentado que la elección de régimen pensional obedeció a una decisión libre y voluntaria, precedida del cumplimiento del deber de información por parte de ese fondo sin mediar actuación negligente, omisiva o dolosa, por tanto, no es posible solicitar la nulidad o ineficacia invocando requisitos que no existían a carago de las AFP para la fecha del traslado.

Formuló 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. (Fls. 142 a 161 - Archivo 01).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 8 de septiembre de 2021, resolvió:

"PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO que realizó la señora DIOSELINA RODRÍGUEZ VELÁQUEZ identificada con cedula de ciudadanía No. 20.116.807, al régimen de ahorro individual, realizado el 30 de marzo de 2000, a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a devolver dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, la señora DIOSELINA RODRÍGUEZ VELÁQUEZ, como cotizaciones, bonos pensionales, todos los frutos e intereses, esto es, los rendimientos tal y como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y gastos de administración y de más emolumentos que se hubieren causado, sin lugar a descuento alguno o deterioros sufridos por el bien administrado.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a aceptar dichos valores, y tener como válida la afiliación de la demandante, efectuada el 19 de abril de 1978 al ISS hoy COLPENSIONES y registrar dicha información en su sistema de información y bases de bases de datos de historia laboral.

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

QUINTO CONDENAR en costas a la parte accionada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., dentro de las que deberá incluirse por concepto de agencias en derecho la suma equivalente a dos (2) salarios mínimos mensuales legales vigentes."

Para arribar a dicha conclusión, expuso la *a-quo* que, el literal h) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los artículos 271 y 272 de la misma obra, el artículo 97 numeral 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003, el artículo 3º de la Ley 1328 de 2009, el Decreto 2241 de 2010, la Ley 1748 de 2014, el artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa No. 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera y en general las normas laborarles, han evolucionado frente al deber de información que les asiste a las administradoras de pensiones en sus diferentes etapas.

A su vez, expuso que la jurisprudencia emanada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha expuesto que ese deber no se cumple únicamente con la suscripción del formulario de afiliación, sino que además impone la carga de la prueba en cabeza del fondo de pensiones, quien debe demostrar que suministró la debida información al futuro afiliado informando

de sus ventajas, desventajas y las incidencias pensionales que le puede traer el traslado de régimen, precisando que el formulario acredita un consentimiento libre de vicios pero no informado, lo que posibilita la declaratoria de la ineficacia de la afiliación cuando no se prueba el cumplimiento del deber de información, lo que en el *sub-examine* no se acreditó con las pruebas recaudadas; de la misma forma estimó que la administradora pública no sufre ningún detrimento en tanto recibe los aportes, rendimientos, bonos pensionales y gastos de administración, por lo que procede la devolución de tales conceptos, motivos todos que conllevar a declarar la ineficacia del traslado deprecada.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión, la demandada PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque de manera total la sentencia de primera instancia, dado que la sentencia SL4806-2020, estableció la declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen pensional procede cuando esta acreditado que producto de la ausencia o de la insuficiencia de información se está generando una lesión injustificada en el derecho pensional del afiliado, situación que en el caso de marras no se avaló, luego, no procede la ineficacia del traslado ya que se aparta del precedente jurisprudencial sin manifestar el motivo.

Señala que en caso de no accederse a la revocatoria de la sentencia de primer grado, solicita se forma subsidiaria se revoque lo atinente a los gastos de administración, ya que estos obedecen a un descuento que realiza el fondo por mandato legal el cual está obligada a acatar, sin que se trate de un descuento arbitrario, pues está consagrado en la Ley 100 de 1993, gastos de administración que están encaminados a asegurar y garantizar el buen manejo de la cuenta de ahorro individual de la demandante, tendiente a obtener rendimientos financieros, los que son superiores a cualquier otro que se pueda conseguir en el sistema financiero, sin que se exponga el fundamento legal para ordenar tal devolución. Además, la Superintendencia Financiera en Concepto de 15 de enero de 2020, ha señalado cuales son los dineros a devolver, sin que haya lugar a la devolución de los gastos de administración o lo pagado por concepto de seguros previsionales, por lo que solicita se revoque tal condena.

Por su parte, COLPENSIONES en su alzada solicita se revoque la sentencia de primer grado, como quiera que el derecho a la libre escogencia de régimen pensional, imponen la condición de trasladarse una vez cada cinco (5) años a partir de la elección inicial, sin embargo, por razones financieras y de estabilidad del sistema pensional, el Decreto 3800 de 2003 en su el artículo 1º limitó tal derecho cuando el afiliado le faltaren diez años o menos para alcanzar la edad de la pensión, salvo para aquellos afiliados que la entrada en vigencia la ley 100 de 1993, tuvieran 15 años o más de servicios debidamente cotizados, pues para eso se conservó el derecho a regresar al régimen de prima media en cualquier tiempo, lo cual guarda consonancia con lo expuesto en la sentencia C-1024-2004.

En consecuencia, no le es dable a la actora el pretender beneficiarse de los rendimientos y aportes que jamás realizo a esa entidad, pues ello conllevaría a descapitalizar el fondo común y pone en riesgo el futuro pago de las pensiones de las personas que siempre han contribuido a este fondo, contrariando el concepto de equidad del artículo 95 de la Constitución Política y el principio de eficiencia pensional. Adicionalmente, esa demandada no tuvo injerencia en la decisión de trasladado de la actora y no puede ser soporte de la pretensión de ineficacia la falta de proyecciones, más si se tiene en cuenta que permaneció más de 17 años en el Régimen de Ahorro Individual, sin hacer uso del derecho de retracto.

De otro lado, solicita que en caso de no revocarse la sentencia de instancia se efectúen las anotaciones del caso en el sistema mantis y el SIAF, junto con la orden de devolución de los aportes a esa administradora, los rendimientos y las cuotas de administración que se encuentren en la cuenta individual de ahorro de la actora, debidamente indexados por el tiempo que permaneció en el fondo privado.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional que realizó el demandante.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia el accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga

reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *"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".*

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *"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 en 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. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto", criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

> *"[…] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante".*

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

> *"Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que 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 ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, o si se

trasladó de manera horizontal, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que efectuó la actora el 30 de marzo de 2000, con la AFP PORVENIR S.A. (Fls. 162 archivo 01), efectiva a partir del 1º de mayo de esa misma anualidad como se aprecia de la certificación del SIAFP (Fls. 172 a 173 archivo 01), formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *"Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado".*

Por otra parte, la actora en su declaración indicó que estando al servicio del SENA se llevó a cabo una reunión masiva para los empleados, en la que PORVENIR S.A. les informó que se podrían pensionar antes de la edad estipulada y que el capital ahorrado se vería reflejado en una pensión digna, además señaló que se le había informado que sus aportes eran un ahorro, pero no se le indico nada sobre los rendimientos sobre ese capital, sin brindar más información sobre otros aspectos relevantes de ambos regímenes pensionales.

De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna sobre el pleno suministro de una debida información, luego, al ser el formulario de afiliación la única prueba relevante que advierta una información de PORVENIR S.A. al momento del traslado de la demandante según lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, evidente resulta la carencia probatoria de esa encartada para soportar la inversión de la carga de la prueba que le asiste, lo cual por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P., situación que colegida por el Representante legal de ese fondo privado, quien en el interrogatorio de parte que depuso, sostuvo que

los asesores del fondo están plenamente capacitados y prueba de ellos es el formulario de afiliación.

Ahora bien, tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *"la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:*

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información**	**Contenido mínimo y alcance del deber de información**
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen	Ley 1748 de 2014	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes

consejo y doble asesoría.	Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa No. 016 de 2016	de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado al actor para el año 2000, una *"Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*".

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón a la falladora de instancia al declarar la ineficacia del traslado, dado que la AFP no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen.

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración, aspecto objeto de inconformidad de la demandada PORVENIR S.A. en su disenso, se memora que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló al respecto:

> *"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."*

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

> *"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 COLFONDOSS.A. Deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales".

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión, luego, acorde con tales consideraciones resultan imprósperos los argumentos esbozados por PORVENIR S.A.

Respecto a una posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera, al que hace alusión COLPENSIONES en su disenso, debe indicarse que, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha señalado sobre el particular:

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

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

"Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con

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

En igual sentir, en sentencia SL 1440 del 2021, se estipuló y dejo sentada la línea jurisprudencial de la siguiente manera:

"Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que PORVENIR S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a COLPENSIONES, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.

"Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

"En esa línea, esta Sala de casación ha insistido en el traslado de los gastos de administración como efecto de la ineficacia, así se señaló en la sentencia CSJ SL 2877-2020:

"[…] el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las

partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

"Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.

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

"En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a COLPENSIONES de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional."

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiara, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas del accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *"la acción de ineficacia del*

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

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se predica de la pretensión consecuencial de la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

> *"Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada PORVENIR S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020).*
>
> *"De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de PORVENIR S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.*

Así las cosas, se adicionará y modificará la orden emitida en primera instancia, recogiendo cualquier criterio expuesto con anterioridad sobre el particular.

SIN COSTAS en esta instancia.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA 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: ADICIONAR Y MODIFICAR los numerales primero y segundo de la sentencia proferida el 8 de septiembre de 2021 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, a fin de disponer:

SEGUNDO: DEJAR SIN EFECTOS la afiliación efectuada y en consecuencia **CONDENAR** a la demandada PORVENIR S.A., a que transfiera todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto a las sumas correspondientes a rendimientos y comisiones por administración indexados a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES). La citada AFP también deberá devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

CUARTO: SIN COSTAS de segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN **CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR**
Magistrado **Magistrado**

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

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **05 2020 00380 01**
Demandante:	CLAUDIA SORAYA SÁNCHEZ RODRÍGUEZ
Demandados:	COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora y las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., en contra de la sentencia proferida el 10 de junio de 2022 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá.

De igual manera, el presente proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora CLAUDIA SORAYA SÁNCHEZ RODRÍGUEZ promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., con la finalidad que se declare que el fondo privado no le suministró información cierta, clara, oportuna, suficiente y transparente al momento de suscribir el formulario de vinculación No. 01267874, por medio del cual se trasladó de régimen pensional. Igualmente, se declare la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad que realizó el 5 de noviembre de 1999 a

PORVENIR S.A.; y que nunca dejó de estar afiliada al Régimen de Prima media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.

Como consecuencia de tales declaraciones, solicita de condene a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES todos los aportes que se encuentren en la cuenta individual de ahorro de la actora, junto con los rendimientos financieros y el bono pensional; y se condene a dicha entidad a recibir tales emolumentos. De la misma forma, pretende se declare que causó su derecho pensional el 15 de septiembre de 2019 y que realizó la última cotización al sistema de seguridad social en pensiones en junio de 2020, misma calenda en la que manifestó su deseo de desafiliarse del sistema. En consecuencia, se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez desde julio de 2020; más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*, junto con las costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 15 de septiembre de 1962 y que se afilio al I.S.S. el 19 de noviembre de 1987, por medio del empleador LEASING SELFIN S.A., efectuando cotizaciones al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado el I.S.S. hoy COLPENSIONES hasta el 30 de noviembre de 1999, alcanzado un total de 627 semanas.

De otro lado, expuso que el 5 enero de 1999 fue visitada en su lugar de trabajo por la asesora comercial Gina Hurtado de la AFP PORVENIR S.A., la cual le ofreció la posibilidad de trasladarse de régimen pensional. También adujo que dicha promotora le dijo que en ese régimen se podría pensionar a cualquier edad, que el monto de su mesada sería superior a la que recibiría en el R.P.M.P.D., y que el ISS estaba próximo a desaparecer lo que ponía en riesgo su pensión y sus cotizaciones; además, le dijo que podía disponer del capital ahorrado y especialmente del bono pensional.

Sostuvo que la asesora no le suministró información clara, cierta, suficiente y oportuna frente a las características de cara régimen, como tampoco de los requisitos para obtener la pensión de vejez en cada régimen pensional, ni le realizó una proyección pensional al momento del traslado, de ahí, que al

momento de suscribir el formulario de vinculación a PORVENIR S.A., no tenía un consentimiento informado, acotando que tal vinculación se llevó a cabo el 5 de enero de 1999.

Manifestó que no fue informada de la prohibición de trasladarse de régimen antes de cumplir 47 años, y que en la actualidad se encuentra afiliada en PORVENIR S.A., y que en documento proferido por ese fondo el 16 de octubre de 2020, se indica que en su cuenta de ahorro cuenta con $332'978.810 y un bono pensional de $169'392.992, acumulando un capital de $502'372.802. A su vez, expuso que en su historia laboral expedida el 16 de octubre de 2020, acredita un total de 1685 semanas cotizadas al Sistema General de Pensiones.

Por último, señaló que el 16 de octubre de 2020 la demandada PORVENIR S.A. le proyecto una mesada en el régimen que administra de $1'969.500 y en el R.P.M.P.D. de $5'810.552. También relató que el 23 de septiembre de 2020 solicitó a PORVENIR información sobre su traslado, la cual fue respondida el 16 de octubre de 2020 y que el 23 de octubre de 2020 solicitó a COLPENSIONES el traslado de régimen y el pago de su pensión de vejez, pedimento que fue denegado por esa encartada. (Archivo 002).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PORVENIR S.A. se opuso a todas pretensiones presentadas en su contra, argumentado que brindó información clara, precisa, veraz y suficiente de acuerdo sobre el funcionamiento, características y requisitos del régimen que administra, también indicó las implicaciones del traslado y los requisitos para pensionarse, motivo por el cual la actora suscribió el formulario de afiliación de manera libre, espontánea e informada, también adujo que la gestora se encuentra dentro de la prohibición legal de traslado.

Propuso como excepción previa la de inepta demanda por falta de integración del litisconsorcio necesario y como de mérito las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la excepción genérica. (Archivo 004).

Por su parte, COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contra, aduciendo que la demandante se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad de manera libre y voluntaria ejerciendo su derecho a la libre escogencia de régimen. Más aún cuando no existió un vicio en el consentimiento al momento de la afiliación que llegue a invalidar la misma.

Propuso como excepciones de mérito las de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad *sui generis* de las Entidades de la Seguridad Social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de COLPENSIONES, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, excepción de aplicabilidad de la sentencia SL373 de 2021, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica. (Archivo 007).

Mediante auto de 7 de septiembre de 2021, se dispuso, vincular en calidad de litisconsorte necesaria a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. (Archivo denominado *2020 00380 CONDUCTA CONCLU + VINCULA*).

En esa medida, PROTECCION se opuso a las pretensiones de la demanda, indicando que se está frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Además, del formulario de vinculación que suscribió la gestora se observa que se realizó en forma libre y espontánea, solemnizándose así su afiliación, acto que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre la demandante y PROTECCIÓN, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza del Fondo y de la afiliada.

Como excepciones de fondo propuso 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 AFP: 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, la innominada o genérica y traslado de la totalidad de los aportes a la AFP Porvenir. (Archivo 012).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 10 de junio de 2022, resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de traslado de régimen pensional de prima media al de ahorro individual, realizado por la señora CLAUDIA SORAYA SÁNCHEZ RODRIGUEZ a través de PORVENIR S.A.*
>
> *SEGUNDO: ORDENAR a PORVENIR S.A., que trasladé a COLPENSIONES el valor las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos e intereses y a COLPENSIONES a recibir los aportes de la demandante procediendo a actualizar su historia laboral.*
>
> *TERCERO: ABSOLVER a COLPENSIONES., a las demás pretensiones de la demanda. Declarando probada excepción de petición antes de tiempo, respecto al reconocimiento de la pensión de vejez.*
>
> *CUARTO: ABSOLVER a PROTECCIÓN S.A. de cada una de las pretensiones de la demanda.*
>
> *QUINTO: COSTAS a cargo de PORVENIR S.A."*

Para arribar a dicha conclusión, refirió el *a-quo* que el Alto Tribunal de cierre de esta especialidad ha creado una línea jurisprudencial en torno al tema de la nulidad del traslado de régimen desde la sentencia de 9 de septiembre de 2008 con Radicación No. 31989, hasta las más recientes como la SL1421 de 2019 y la SL1688 de 2019, en las que se ha precisado que en estos asuntos no procede la declaratoria de la excepción de prescripción y que la carga de la prueba radica en cabeza de las administradoras de pensiones las cuales tienen el deber de demostrar en estos juicios la información que se le brindó al afiliado respecto de las ventajas y desventajas de ambos regímenes, entre otros aspectos, lo cual no se probó en el *sub-examine* según se deprende de las probanzas recaudadas en el trámite procesal.

De otro lado, mencionó que la jurisprudencia ha señalado que no es necesario que las personas sean o no beneficiarias del régimen de transición o hayan

cumplido requisitos para pensionarse, pues todos los ciudadanos deben ser depositarios y destinatarios de la misma información, sin tener en cuenta tal situación. De ahí que los formatos de afiliación no son pruebas conducentes a fin de determinar la existencia de un consentimiento informado, además la actora en el interrogatorio de parte que depuso no confesó haber recibido información sobre las ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales, pues solo se le hablo de las ventas del RAIS, de modo que, al no haberse acreditado ese deber de información, declaró la ineficacia del traslado.

En cuanto a la pretensión relacionada con el reconocimiento de la pensión de vejez, dijo que no se discutía que su última cotización data de junio de 2020 y que para esa data contaba con 57 años, sin embargo, no es posible ordenarle a COLPENSIONES que reconozca una pensión a una persona que todavía no es afiliada a ese régimen, luego, hasta que en efecto retorne a esa entidad y cuente con los aportes de ésta, será posible el reconocimiento pensional, absolviendo de tal pedimento y declarando probada la excepción de petición antes de tiempo y condenado en costas a PORVENIR S.A. y absolviendo a PROTECCIÓN.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión, la parte demandante interpuso recurso de apelación solicitando se acceda a la pretensión relacionada con el reconocimiento y pago de la pensión de vejez de la demandante, lo anterior como quiera que la finalidad de la litis es precisamente la ineficacia del traslado y el efecto jurídico es que todo vuelve a su estado primigenio, entendiéndose que no se ha trasladado y se encuentra vinculada a COLPENSIONES como si nunca hubiese estado en ningún otro fondo. Además, desde el 15 de septiembre del 2019 causó del derecho a la pensión y cuenta con más de 1300 semanas y realizó su última cotización en junio del año 2020, por lo que la causación y el disfrute seria desde esa data, más si se tiene en cuenta que se busca que COLPENSIONES responda por las prestaciones a que tiene derecho la afiliada.

Por su parte, COLPENSIONES en su alzada expuso que la normatividad que regula el RAIS se encuentra establecida en la Ley 100 de 1993, de modo que el desconocimiento de la ley no es excusa para deshacer el negocio jurídico, así

lo ha señalado la Corte Constitucional en sentencia 993 de 2006, lo que significa que el error de derecho no da lugar a la declaración judicial de la nulidad de negocios jurídicos, debiendo asumir sus consecuencias, a lo que se suma que el estatuto financiero establece unas obligaciones a cargo los afiliados a los fondos de pensiones, además la actora estuvo de acuerdo con las condiciones del régimen pensional al que se estaba trasladando, y en señal de ello suscribió el formulario de afiliación a PORVENIR en enero del 2000, igualmente con la asesoría brindada por el asesor comercial del fondo son suficientes para afirmar que la afiliación fue válida y libre de vicios en el consentimiento.

Adicionalmente, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que el deber información ha venido variando con el tiempo, y para el año 2000 cuando la demandante se trasladó era imposible que los fondos de pensiones previeran las condiciones de las cotizaciones de la actora a futuro, además no se puede afectar a COLPENSIONES porque no intervino en el negocio jurídico y la afiliada se encuentra inmersa en una prohibición legal de traslado, por lo que solicita se revoque el fallo de primer grado y se absuelva esa entidad.

La demandada PORVENIR señala en su disenso que el traslado fue eficaz y válido y no se acreditó la existencia de algún vicio en el consentimiento en el cambio de régimen pensional de la actora, luego, no se dan las causas para la nulidad relativa del artículo 1741 del C.C., lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación sea eficaz y la reclamación del presente proceso se encuentre prescrita, además, la ignorancia de las leyes no sirve de excusa, más si se tiene en cuenta que la Ley 100 de 1993 es conocida por todos los habitantes Colombianos. Igualmente, el formulario de afiliación suscrito por la demandante es un documento público que se presume auténtico lo que demuestra que la selección fue libre espontánea y sin presiones, a lo que se suma que no fue tachado ni desconocido por lo que no es dable restarle valor y menos desconocerlo.

En cuanto al deber de información, la demandante en el interrogatorio de parte manifestó que le fue otorgada la información sobre las condiciones de ese régimen, insistiendo que el formulario de afiliación es un documento avalado y autorizado por la Superintendencia Financiera, el cual la demandante firmó

de manera libre y voluntaria, sin que se den los presupuestos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, por cuanto cumplió con el deber de información conforme a lo señalado en la Circular Externa 019 de 1998 de la Superintendencia Financiera y para la fecha en que se produjo la afiliación de la demandante, el fondo de pensiones no estaba obligado a entregar cálculos exactos de su futuro pensional, pues ellos solo surgió a partir del Decreto 1748 de 2014, por lo que solicita se revoque en su integridad la sentencia de primera instancia y absuelva a ese fondo de todas y cada una de las condenas impuestas.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional que realizó la demandante.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o

cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *"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".

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *"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 en 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. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto",* criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

> *"[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante".*

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

"Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que 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 ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, o si se trasladó de manera horizontal, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación No. 01267874 que efectuó la actora el 5 de noviembre de 1999 a PORVENIR S.A., la cual se hizo efectiva a partir del 1º de enero de 2000, como se aprecia de la certificación del SIAFP (Fls. 76 y 132 archivo 004), formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *"Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado".*

Por otra parte, la actora en su declaración indicó que estando al servicio de una compañía del Grupo Bolívar se hizo una reunión para los empleados en la que

se presentó un asesor de PORVENIR S.A. y les hablo de la posibilidad de trasladarse a esa administradora, dado que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES se iba a liquidar, y les dijo algunas ventajas de ese régimen, sin brindar más información sobre otros aspectos. De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna sobre el pleno suministro de una debida información, luego, al ser el formulario de afiliación la única prueba relevante que advierta una información de PORVENIR S.A. al momento del traslado de la demandante según lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, evidente resulta la carencia probatoria de esa encartada para soportar la inversión de la carga de la prueba que le asiste, lo cual por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

Ahora bien, tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *"la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:*

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información**	**Contenido mínimo y alcance del deber de información**
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales

Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa No. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado al actor para el año 1999, una *"Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*".

Así las cosas, la Sala concluye que de acuerdo con la reiterada jurisprudencia la cual impone la obligación en cabeza de las AFP de probar el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen, deber que no se encontró cumplido por parte de PORVENIR S.A. en el caso bajo estudio, lo que impone declarar la ineficacia del traslado contrario a lo aducido por dicha demandada y por COLPENSIONES en su alzada, y tal como lo dedujo el juez de instancia.

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración, se memora que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló al respecto:

> *"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."

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

"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 COLFONDOSS.A. Deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales".

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión.

Respecto a una posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera, debe indicarse que, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha señalado sobre el particular:

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

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

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

En igual sentir, en sentencia SL 1440 del 2021, se estipuló y dejo sentada la línea jurisprudencial de la siguiente manera:

"Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que PORVENIR S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a COLPENSIONES, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.

"Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración

del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

"En esa línea, esta Sala de casación ha insistido en el traslado de los gastos de administración como efecto de la ineficacia, así se señaló en la sentencia CSJ SL 2877-2020:

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

"Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.

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

"En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a COLPENSIONES de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional."

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiara, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones,

rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas del accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *"la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción".*

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se predica de la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.

De otro lado, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

> *"Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada PORVENIR S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020).*
>
> *"De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se modificará y adicionará el numeral segundo*

de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de PORVENIR S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.

Así las cosas, se adicionará y modificará la orden emitida en primera instancia, recogiendo cualquier criterio expuesto con anterioridad sobre el particular.

d. De la Pensión de Vejez:

Solicita la demandante en su alzada se condene a COLPENSIONES a que le reconozca y pague la pensión de vejez, pues al volver las cosas a su estado inicial ante la declaratoria de la ineficacia es posible que dicha entidad reconozca la prestación pensional, contrario a lo aducido por el *a-quo*.

Así las cosas, se advierte que la gestora no adquirió prerrogativas pensionales antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues al 1º de abril de 1994 contaba solo con 32 años y 332 semanas, es decir, menos de 15 años de servicios (Archivo 008 y archivo 007 – Historia laboral Colpensiones).

Puestas así las cosas, se procede con el estudio de la prestación de vejez deprecada, en los términos reseñados en el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, que dispone:

"ARTÍCULO 9o. El artículo 33 de la Ley 100 de 1993 quedará así:

Artículo 33. Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.

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

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

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

(…)"

De esta forma, palmario resulta entonces que la demandante nació el 15 de septiembre de 1962 como da cuenta la copia de su cédula de ciudadanía (Archivo 008- expediente administrativo), por lo que cumplió 57 años, el 15 de septiembre de 2019, ostentando así el primer requisito para la causación del derecho pensional.

En lo que atañe a las semanas requeridas por la ley, se advierte que la actora cuenta con un total de 1685 semanas cotizadas, tanto en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida como en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, según se acredita en la Historia Laboral expedida por PORVENIR S.A. que militan en el plenario y que fue generado el 30 de abril de 2021, fondo de pensiones en el que se encuentra afiliada en la actualidad (Fl. 77 a 131 y 220 a 274 archivo 004 *CONTESTACIÓN DEMANDA PORVENIR S.A.PDF*); situación que conlleva a que se configure el tiempo requerido para acceder a la prestación pensional por vejez, que en el caso de la promotora refiere al cumplimiento de la edad de 57 años en el año 2019 y haber acreditado como mínimo 1300 semanas de cotización.

Pese a lo anterior, se advierte que si bien la demandante en la solicitud que radicó el 23 de octubre de 2020 ante COLPENSIONES solicitando la pensión de vejez, también manifestó su intención de desafiliarse del sistema general de pensiones, aduciendo que había efectuado su última cotización en junio de 2020 (Fls. 52 a 53 archivo 002), lo cual se colige del reporte de semanas que allegó la demandada PORVENIR S.A.; también lo es, que no cuenta con fecha de retiro efectivo, según se avizora de los citados reportes de semanas cotizadas al fondo de pensiones privado, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, el cual fue aprobado por el Decreto 758 de esa anualidad, además en el interrogatorio de parte que depuso el 10 de junio de hogaño, dijo que se encontraba laborando, luego, no es posible inferir con total certeza que ya no esté realizando cotizaciones y se haya retirado del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, lo que conlleva a que la prestación quede supeditada a que se cumpla con este requisito.

Igualmente, cabe precisar que el monto de la mesada pensional deberá determinarse con el IBL de los últimos 10 años o todo el tiempo cotizado, según le resulte más favorable a la afiliada, de acuerdo con lo previsto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, procediendo la indexación de las mesadas que se reconozcan desde su causación hasta el momento de su pago.

Por último, debe indicarse que a la fecha no ha operado el fenómeno prescriptivo frente a las mesadas que se pudiesen haber causado, en atención a que la prestación está supeditada al retiro del sistema. Acorde con lo expuesto, tales consideraciones compelen a esta Colegiatura a adicionar la decisión de primer grado en el sentido de condenar al pago de la pensión de vejez.

SIN COSTAS en esta instancia.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA 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: MODIFICAR y ADICIONAR los numerales primero, segundo, tercero y cuarto de la sentencia proferida el 10 de junio de 2022 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, a fin de disponer:

SEGUNDO: DEJAR SIN EFECTOS la afiliación efectuada y en consecuencia CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., a que transfiera todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto a las sumas correspondientes rendimientos y comisiones por administración indexados a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES). La citada AFP también deberá devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a las primas de seguros previsionales de invalidez y

sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

De la misma forma, deberán proceder la demandada PROTECCIÓN S.A., frente a la devolución a COLPENSIONES de los gastos de administración de los aportes efectuados por el demandante mientras estuvo afiliado a esa administradora.

TERCERO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia en el sentido de **CONDENAR** a la demandada COLPENSIONES a reconocer y pagar a la actora la pensión de vejez, de conformidad con lo establecido en la Ley 797 de 2003, la cual deberá ser liquidada una vez sean retornados los aportes por parte de los Fondos de Pensiones, junto con los demás rubros ordenados a cargo de PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., debiéndose calcular el IBL con el promedio de lo devengado en los últimos 10 años de servicio o con toda la vida laboral, aplicando el que sea más favorable y contabilizando hasta la última semana de cotización, verificando además si hay lugar al pago de retroactivo pensional, procediendo la indexación de las mesadas que se reconozcan desde su causación hasta el momento de su pago.

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

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN **CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR**
Magistrado **Magistrado**

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

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **07 2018 00425 01**
Demandante:	BERTHA CECILIA ACEVEDO ESPINOSA
Demandado:	COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES, a la abogada DIANA MARÍA VARGAS JEREZ, identificada con cédula de ciudadanía 1.090.449.043 y T.P. 289.559 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 30 de marzo de 2022 por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora BERTHA CECILIA ACEVEDO ESPINOSA promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., a fin que se declare la ineficacia del traslado que realizó al Régimen de Ahorro Individual con

Solidaridad a través de PORVENIR S.A., al no haberle suministrado información completa y comprensible sobre las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, e igualmente se declare que debe estar afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

En consecuencia, se condene a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES los aportes efectuó a ese régimen y a su vez COLPENSIONES acepte dichos rubros y la registre como afiliada en el régimen que administra sin solución de continuidad desde el 27 de agosto de 1980, finalmente solicita se condene en costas y agencias en derecho al extremo pasivo.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus aspiraciones, adujo se afilió al Instituto de Seguros Sociales hoy COLPENSIONES el día 27 de agosto de 1980, en donde alcanzó un total de 879 semanas y que al 1º de abril de 1994 se encontraba afiliada a esa entidad. De otro lado, indicó que se afilió a PORVENIR S.A. el 1º de octubre de 1998, por lo que en la actualidad se encuentra pensionada por medio de esa administradora; sin embargo, el asesor de ese fondo al momento de su vinculación no le informó que el valor de su mesada pensional sería inferior a la que recibiría en el ISS hoy COLPENSIONES, tampoco le elaboró una proyección que le permitiera contar con la información completa sobre el valor de su mesada teniendo en cuenta el valor del bono pensional.

Refirió que el asesor utilizó como argumentos de venta que no se iba a poder pensionar ya que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar, además, le dijo que se podía pensionar a cualquier edad, sin explicarle la afectación que aquello tendría sobre su mesada y el bono pensional, tampoco se le informó las desventajas de trasladarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y que podía retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, antes de cumplir 47 años, al existir una prohibición legal.

Asimismo, señaló que cuenta con más de 1815 semanas cotizadas al Sistema General de Pensiones y que radicó formulario de traslado ante COLPENSIONES el 8 de febrero de 2018, pedimento que fue denegado por esa entidad. De la misma forma, expuso que el 14 de febrero de 2018 elevó derecho de petición a PORVENIR S.A. solicitando la invalidación de su afiliación a ese fondo, el cual fue respondido el 22 de febrero de 2018 indicando que no cuenta con elementos de juicio suficiente para dejar sin efectos su afiliación.

Designado por reparto el presente proceso al Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, por auto de 6 de julio de 2018, la titular de ese estrado judicial se declaró impedida para conocer el asunto, disponiendo su remisión al Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, el cual aceptó el impedimento, avocó conocimiento de las presentes diligencias y ordenó compensar el proceso, mediante proveído de 25 de julio de 2018. Surtido lo anterior, fue admitida la demanda mediante auto de 3 de agosto de 2018. (Fls. 123 a 124, 128, 130 y 136 archivo 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones del libelo genitor, aduciendo que no obra prueba que permita establecer que a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error por parte de PORVENIR, además no se está en presencia de algún vicio del consentimiento. Adicionalmente, no se encuentra alguna evidencia que permita inferir con certeza alguna inconformidad por parte de la demandante, al contrario los documentos que yacen en el informativo permiten inferir que el traslado fue libre y voluntario. Aunado a que la actora no cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, para poderse trasladar de régimen en cualquier tiempo.

Propuso como excepciones de fondo las de 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 del pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica (Fls. 150 a 190 archivo 01).

El MINISTERIO PÚBLICO en escrito dirigido al juzgado primigenio, manifestó su intención de intervenir en el presente proceso, indicando que en el *sub examine* se debía verificar si la administradora del RAIS cumplió con el deber de información a su cargo, seguidamente formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, prescripción y la genérica o innominada (Fls. 212 a 222 archivo 01).

Por su parte, PORVENIR S.A. contestó la demanda arguyendo que, la afiliación de la promotora a ese fondo es un acto válido, en la medida que la solicitud de vinculación mediante la cual se dio el traslado de régimen, el 1º de octubre de 1998, fue realizado de manera libre, espontánea y sin presiones, luego de haber recibido asesoría integral y completa respecto a todas las implicaciones de su decisión, lo cual consta en el formulario de afiliación, además no existe prueba que dé cuenta, de un actuar doloso de parte del asesor de ese fondo.

Formuló como excepción previa la de falta de integración de litis consorcio necesario, respecto del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, en atención al bono pensional tipo A que emitió a favor de la actora, con fecha de redención 23 de noviembre de 2019; observándose que dicha entidad fue vinculada al tramite procesal. Como excepciones de mérito propuso las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de la obligación, saneamiento por ratificación, ausencia de responsabilidad atribuible a la demandada, buena fe, compensación y la innominada o genérica. (Fls. 258 a 296 archivo 01).

Mediante auto de 6 de mayo de 2019, se tuvo por contestada la demanda a las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR y se fijó fecha para llevar a cabo audiencia; sin embargo, por auto de se admitió la demanda de reconvención que impetró PORVENIR S.A. en contra de la demandante, señora BERTHA CECILIA ACEVEDO ESPINOSA (Fls. 384 y 386 archivo 01).

1.1.1 DEMANDA DE RECONVENCIÓN Y CONTESTACIÓN:

PORVENIR S.A. mediante demanda de reconvención pretende se condene a BERTHA CECILIA ACEVEDO ESPINOZA a reintegrar a ese fondo las sumas que le ha cancelado debidamente indexadas desde octubre de 2017, calenda en la que le reconoció la pensión de vejez bajo la modalidad de retiro programado, sin negociación de bono pensional y hasta la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al proceso. Subsidiariamente, pretende se autorice a COLPENSIONES descontar, del retroactivo pensional que reconozca a la demandada en reconvención, las sumas que ha venido percibiendo por mesadas pensionales desde octubre de 2017 y hasta la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, debidamente indexadas.

Como sustento de sus pretensiones, sostuvo que la demandante principal BERTHA CECILIA ACEVEDO ESPINOSA se afilió a esa administradora de pensiones mediante el 1º de octubre de 1998, como traslado de régimen y que el 25 de agosto de 2017, ésta radicó reclamación de pensión de vejez ante ese fondo de pensiones, obteniendo el reconocimiento de la pensión de vejez bajo la modalidad de retiro programado sin negociación de bono pensional, a partir de octubre de 2017, prestación que ha venido cancelando de manera oportuna y completa desde el reconocimiento de la prestación y hasta la actualidad. (Fl. 246 a 256 archivo 01).

La demandada en reconvención BERTHA CECILIA ACEVEDO ESPINOSA, se opuso a las pretensiones de la demanda, indicando que presentó la solicitud al cumplir los requisitos exigidos por la ley, teniendo en cuenta que PORVENIR era quien en ese momento administraba los recursos destinados a la prestación de vejez, suma que se encuentra recibiendo, la cual es cuatro veces inferior a la que recibiría si estuviese afiliada a COLPENSIONES, siendo evidente el perjuicio que se le ocasionó por falta de asesoría.

Como excepciones de meritó propuso las de prescripción, pago o inexistencia de las obligaciones que se demandan, cobro de lo no debido, buena fe y la innominada o genérica. (Fls. 388 a 418 archivo 01).

Demanda de reconvención que se tuvo por contestada mediante proveído de 13 de agosto de 2019 (Fl. 422 archivo 01). Además, por auto de 26 de noviembre de 2020, se dispuso, vincular al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.

A su turno, la NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, dio contestación a la demanda, señalando que la demandante se encuentra vinculada al RAIS desde el 1º de octubre de 1998 con PORVENIR S.A. Acotando que esa entidad desconoce las circunstancias en que se produjo el traslado de la demandante del RPMPD al RAIS, ya que esa oficina responde únicamente por la liquidación, emisión, expedición, redención, pago o anulación de Bonos Pensionales o Cupones de Bonos Pensionales a cargo de la Nación, procedimientos que se efectúan con base en las solicitudes que al respecto realicen las Administradoras del Sistema General de Pensiones, Igualmente, precisó que una vez causada la fecha de redención normal del bono pensional de la demandante, esto es, el 23 de Noviembre de 2019, la Oficina de Bonos Pensionales (OBP) de ese ministerio procedió a redimir el bono pensional de la actora, trámite que se adelantó mediante Resolución No. 21048 de fecha 22 de noviembre de 2019, sin que actualmente exista algún trámite pendiente por atender por parte de esta oficina en relación con dicho beneficio.

Formuló las excepciones de falta de ejercicio de la facultad de regresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES, la variación del monto de la pensión no constituye vicio del consentimiento ni causal de ineficacia, validez y eficacia del traslado de régimen no puede sustentarse en la realización o no de una proyección pensional, prescripción, imposibilidad de declarar la nulidad o ineficacia de la afiliación al rais, dada la condición de pensionada por vejez por parte del fondo privado de pensiones PORVENIR S.A. (Archivo 07).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 30 de marzo de 2022, absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, sucediendo lo mismo, respecto a las pretensiones de la demanda de reconvención.

Para arribar a dicha conclusión, el *a-quo* indicó que, al analizar las pretensiones de la demanda, las cuales se enfilan a que se declare la ineficacia del traslado de régimen ante la falta de información , advirtió inicialmente que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, la actora contaba con 34 años y no contaba con las semanas requeridas para ser beneficiaria del régimen de transición, según se advierte de las documentales que obran en el plenario, como la copia de la cédula de ciudadanía, la historia laboral, el expediente administrativo, el formulario de afiliación a PORVENIR de 1º de octubre de 1998 y las diferentes solicitudes que elevó, junto con las respuestas que brindaron las encartadas, entre los años 2017 y 2018, entre las cuales se encuentra la emitida por COLPENSIONES indicando que para 2018, la actora ya se encontraba disfrutando de su pensión por vejez otorgada por PORVENIR.

Además, se encuentra la Resolución de expedición de bono pensional que emitió la demandada MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PÚBLICO, el cual sirvió para financiar la pensión que disfruta la actora en la actualidad. Aspectos que coligió la demandante en el interrogatorio de parte que rindió corroborando que recibe como mesada la suma de $1.500.000.

En esa medida, señaló que en casos donde se pretende la ineficacia del traslado, por falta de información por parte del fondo privado que realizó dicho traslado, cuando la parte demandante ya goza del estatus pensional otorgado por el fondo privado, no es procedente acceder a las pretensiones de la demanda, así se indicó en sentencia SL 373 del 2021, en donde el órgano de cierre de esta jurisdicción sentó su posición sobre este tema, indicando que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un estatus jurídico que no es posible revertir como

ocurre en este caso, pues no se puede borrar la calidad de pensionado, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectarían a múltiples personas, relaciones y actos jurídicos y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto, conllevando un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones.

Luego, al haber la demandante solicitado, aceptado y tramitado su pensión de vejez ante PORVENIR, la cual viene percibiendo y además al haberse pagado el respectivo bono pensional mediante la Resolución No. 21048 de 21 de Noviembre de 2019, ello implica que la actora tiene un derecho consolidado que la excluye de los beneficios que ha establecido la jurisprudencia frente a la ineficacia del traslado cuando hay ausencia de información al momento del traslado del régimen pensional, información que si bien el fondo privado no realizó esfuerzo alguno en acreditar que en efecto brindó para 1998, lo cierto es, que con el reconocimiento de la prestación pensional conlleva a concluir que la actora aceptó la pensión de vejez dentro del RAIS, admitiendo de manera libre y voluntaria su vinculación a este régimen, dando validez al acto jurídico de traslado, saneando así cualquier irregularidad por omisión en el suministro de información en que hubiese incurrido PORVENIR al momento de trasladarla de régimen en 1998; lo que conlleva a la absolución de las pretensiones de la demanda principal y las elevadas en la demanda de reconvención.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandante la apeló. Argumentó en su alzada que los hechos descritos en el escrito inaugural deberían ser fuente para dar alcance a la jurisprudencia emanada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, respecto a las acciones de ineficacia o nulidad de traslado de régimen pensional, que se ha venido construyendo desde la sentencia con Radicado No. 31989 de 2008, donde se declaró la ineficacia de un pensionado debido a la falta de información y buen consejo.

Igualmente, adujo que ya se ha explicado respecto a que no es necesario estar ad portas de obtener un derecho consolidado por parte de afiliado, siendo reiterado en la sentencia con Radicado No. 31989 de 2014, que es ineficaz el traslado cuando no estuvo precedido de la documentación suficiente. Luego, de las pruebas aportadas, es claro que, la demandante suscribió el formulario de afiliación a PORVENIR como consecuencia de la falta de asesoría por parte de los agentes comerciales de ese fondo, quienes estaban en el deber de informarle lo necesario a fin de tomar una decisión tan importante, como lo era el fondo al que debía afiliarse y por ende, su futuro pensional, asesores que además no explicaron las consecuencias del traslado.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la ley 2213 del 13 de junio de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que

realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *"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".*

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *"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 en 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. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto",* criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de

tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

> *"[…] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante".*

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

> *"Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que 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 ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario que suscribiera la demandante con PORVENIR S.A. el 1º de octubre de 1998 (Fls. 69 y 304 archivo 01), en el cual se refiere que la decisión es libre y voluntaria, no obstante, la Corte Suprema de Justicia ha sido reiterativa en indicar que no es prueba suficiente para afirmar que se le suministró al afiliado la

información oportuna y veraz; así lo establece en la sentencia de tutela anteriormente citada: *"desde la sentencia CSJ SL, 09 Sep 2008, rad. 31989, la sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como <<la afiliación se hace libre y voluntaria>>, <<se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones>> u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado.*

De otro lado, en el interrogatorio de parte que depuso la demandante, tampoco se colige que haya confesado haber sido correctamente informada, pues expresó que los asesores de PORVENIR para lograr su traslado, le indicaron que el Seguro Social quebraría, lo que ocasionaría que sus aportes se pudiesen perder, por ende, no se podría pensionar, además su mesada en ese régimen sería más alta y le sería posible pensionarse a cualquier edad, lo cual no se cumplió llegado el momento de pensionarse, pues nada de eso fue cierto; ante tales aseveraciones lo que se desprende es la falta de una debida información como antesala al traslado de régimen.

d. De la condición de afiliado y pensionado:

De cara a lo anterior, debe acotarse que la ineficacia del traslado, opera para quienes, ostentando la calidad de *afiliados*, hayan suscrito el respectivo formulario, sin que la AFP haya cumplido en debida forma la obligación de información y asesoría que les corresponde, relación de *afiliación* que es la que otorga el ingreso del trabajador dependiente o independiente en el sistema de seguridad social integral, y de la cual surgen derechos y obligaciones de seguridad social. La Corte Constitucional en sentencia T-235 de 2002, señaló que "*La precisión del concepto "afiliación" también se encuentra en la teoría de la seguridad social. Tratándose de pensión de jubilación, la afiliación es un acto que se produce una sola vez en la vida del interesado, al ingresar al trabajo, por consiguiente, la afiliación no es repetible, es vitalicia. Habrá, como es obvio,*

situaciones en las que se está trabajando (a esto se denomina "alta", y aquéllas en que no lo está (se denomina "baja").

En ese punto, la Sala resalta que de las probanzas aportadas por PORVENIR S.A. y conforme lo sostuvo la actora en el interrogatorio de parte surtido, en efecto se aprecia que ésta se encuentra pensionada en el RAIS a través de la ya referida demandada desde el año 2017 bajo la modalidad de retiro programada, pensión mensual que ascendió a la suma de $1.583.700, para el año 2019, prueba de ello lo es la certificación que emitiera la AFP fechada el 7 de febrero de 2019, la solicitud de pensión que elevó la actora y la carta mediante la cual el fondo de pensiones privado le informó sobre el reconocimiento pensional el 13 de octubre de 2017 (Fls. 308, 334 a 346, 366 a 370 archivo 01).

Por otra parte, la demandante también confesó en su interrogatorio de parte respecto de la pensión que viene disfrutando desde el año 2017. A lo que se suma que el MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PUBLICO emitió Resolución No. 21048 de 22 de noviembre de 2019, ordenando el pago del bono tipo A, a favor de la promotora (Archivo 11).

En tal sentido, la accionante al haber aceptado la pensión que le fuera reconocida por PORVENIR S.A., dejó de ostentar la calidad de afiliada, para consolidarse en su favor la condición de *pensionada* por vejez en los términos y modalidad seleccionada en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Se debe señalar que las calidades de *afiliado y pensionado* resultan relevantes en materia pensional, entre otros aspectos, por cuanto ha sido una consideración en materia de movilidad en el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.

En efecto, *verbi gratia*, el artículo 107 de la Ley 100 de 1993, permite la trasferencia voluntaria del valor de la cuenta individual de ahorro pensional a otro plan de capitalización o trasladarse a otra entidad administradora, evento que opera bajo la condición que el afiliado *"no haya adquirido la calidad de pensionado"*, normativa que fue declarada exequible en la sentencia C-841 2003, señalando que *"Permitir el traslado de una entidad administradora de pensiones a*

otra, una vez se ha adquirido la calidad de pensionado puede poner en riesgo la sostenibilidad del sistema, aumentar los costos de los servicios administrativos y financieros, y desestimular la obtención de mayores niveles de rentabilidad a través de inversiones de mediano y largo plazo, dado que la posibilidad de traslado quedaría sujeta al capricho del pensionado".

Además, debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL373-2021, Radicación No. 84475 del 10 de febrero de 2021, trazó la línea de que si bien por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible devolver las cosas a su estado normal, la calidad de pensionado resulta en la configuración de una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico que no es razonable revertir cuando se acredita la ineficacia del traslado, como quiera que tal aspecto conllevaría a disfuncionalidades que afectarían a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto, así se enfatizó:

> *"Para la Corte la respuesta es negativa, puesto que si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo ante)[1], lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto. Basta con relevar algunas situaciones:*
>
> *Desde el punto de vista de los bonos pensionales, puede ocurrir que se haya pagado el cupón principal por el emisor y las cuotas partes por los contribuyentes y, además, que dicho capital esté deteriorado en razón del pago de las mesadas pensionales. En tal caso, habría que reversar esas operaciones. Sin embargo, ello no parece factible porque el capital habría perdido su integridad y, por consiguiente, podría resultar afectada La Nación y/o las entidades oficiales contribuyentes al tratarse de títulos de deuda pública.*

[1] SL1688-2019, SL3464-2019

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

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

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

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

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

La Corte podría discurrir y profundizar en muchas más situaciones problemáticas que generaría la invalidación del estado de pensionado. No obstante, considera que los ejemplos citados son suficientes para demostrar el argumento según el cual la calidad de pensionado da lugar a una situación jurídica consolidada y a un hecho consumado, cuyos intentos de revertir podría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de

un gran número de actores del sistema y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones."

Así las cosas, al encontrarse la accionante pensionada en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad bajo la figura de retiro programado, la Sala puede concluir que la decisión de primer grado habrá de confirmarse en su integridad, en tanto, como ya se indicó, existe una multiplicidad de situaciones encaminadas a la afectación tanto financiera, legal, social, entre otras circunstancias, que impiden ante la calidad de pensionada promover la figura de la ineficacia de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 para que la demandante sea retornada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Por último, en lo que respecta al reproche de la parte demandante en cuanto a que debe tenerse en cuenta una línea jurisprudencial anterior a la trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL373-2021, como quiera que la demanda fue presentada con anterioridad a dicha postura, este cuerpo Colegiado advierte no asistir razón alguna en su argumento.

Ello por cuanto, atendiendo los principios de igualdad, buena fe, confianza legítima y seguridad jurídica, es precisamente que los Jueces del Trabajo deben hacer uso del precedente jurisprudencial vertical por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al ser esta Corporación el Órgano de cierre de la especialidad laboral, aspecto que también ha sido decantado en distintas decisiones, dentro de ellas la estimada en la sentencia SL2029-2022, Radicación No. 84330 del 14 de junio de 2022, donde se expuso:

Sobre este último punto, el artículo 234 de la Carta Política consagró expresamente que la «La Corte Suprema de Justicia es el máximo Tribunal de la Jurisdicción Ordinaria», de tal suerte que su precedente es vinculante y obligatorio para todos los asuntos referidos a ella, que es fijado por cada una de las salas que constituyen la Corporación, según su especialidad.

Así las cosas, el Tribunal en su decisión no hizo cosa distinta que observar las reglas jurídicas que esta Corporación ha establecido para la definición de los casos de estabilidad laboral reforzada por razones de salud, lo que fundamentó y motivó expresamente dentro del fallo. Por ende, no es viable imputar como error el hecho de haber fundamentado su decisión en el

criterio jurisprudencial vigente.

Más adelante resaltó:

> *Al respecto, es necesario recordar que la obligatoriedad del precedente de esta Sala para los asuntos que son de su competencia ha sido reconocida por la misma Corte Constitucional, quien mediante sentencia CC C-836 de 2001 expuso:*
>
> *La fuerza normativa de la doctrina dictada por la Corte Suprema proviene (1) de la autoridad otorgada constitucionalmente al órgano encargado de establecerla y de su función como órgano encargado de unificar la jurisprudencia ordinaria; (2) de la obligación de los jueces de materializar la igualdad frente a la ley y de igualdad de trato por parte de las autoridades; (3) del principio de la buena fe, entendida como confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado; (4) del carácter decantado de la interpretación del ordenamiento jurídico que dicha autoridad ha construido, confrontándola continuamente con la realidad social que pretende regular.*
>
> *Igualmente señaló que, la actividad judicial también está sujeta a la jurisprudencia, en estos términos,*
>
> *Una interpretación adecuada del imperio de la ley a que se refiere el artículo 230 constitucional, significa para la jurisprudencia constitucional que la sujeción de la actividad judicial al imperio de la ley, no puede entenderse en términos reducidos como referida a la aplicación de la legislación en sentido formal, sino que debe entenderse referida a la aplicación del conjunto de normas constitucionales y legales, valores y objetivos,* ***incluida la interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales****, la cual informa la totalidad del ordenamiento jurídico (negrillas fuera del original).*
>
> *Así las cosas, habiéndose analizado el asunto dentro de la jurisdicción ordinaria, debía aplicarse el precedente fijado por el órgano de cierre, al cual incluso los recurrentes hacen referencia dentro de los cargos formulados."*

Así las cosas se confirmará la decisión de primer grado. **COSTAS** a cargo de la parte demandante al no haber salido avante el recurso de apelación por esta propuesto, según lo normado en el numeral 1º del artículo 365 del C.G.P.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA 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 por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado

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

AGENCIAS EN DERECHO: se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de un millón de pesos, a cargo de la parte demandante, lo cual deberá ser incluido en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **08 2013 00870 01**
Demandante:	ERNESTO RODRÍGUEZ CUELLAR
Demandado:	MINIPAK S.A.S.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA:

Procede la Sala estudiar el proceso en el grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T y de la S.S., con ocasión de la sentencia proferida el 16 de junio de 2022 por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, la cual fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor ERNESTO RODRÍGUEZ CUELLAR formuló demanda ordinaria laboral, en contra de la sociedad MINIPAK S.A.S., a efectos que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 7 de marzo de 1983 y el 17 de septiembre de 1984; que sufrió un accidente laboral el 24 de noviembre de 1983, el cual le ocasionó una lesión en tres dedos de la mano derecha y que además para esa calenda no estaba afiliado a una Administradora de Riesgos Laborales, por lo que es beneficiario a la prestación económica por invalidez.

También pretende se declare que fue despedido en forma unilateral por la demandada el 17 de septiembre de 1984, sin mediar justa causa.

Como consecuencia de tales declaraciones, solicita se condene a la convocada a juicio a pagar $4.000.000 por concepto de invalidez laboral como consecuencia de la lesión y las secuelas que le ocasionó el accidente de trabajo, los intereses moratorios sobre el valor resultante de la prestación económica por pérdida de capacidad laboral, la indemnización por despido sin justa causa, el pago aportes a Seguridad Integral de Seguridad Social, la indexación de las sumas adeudadas, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra* y *extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que el 7 de marzo de 1983 suscribió contrato de trabajo con la demandada, acotando que no recibió copia del mismo, siendo contratado para desempeñar el cargo de Ayudante de Refilado, devengado el salario mínimo mensual legal vigente de la época, más el auxilio de transporte. Igualmente sostuvo que ejecutó la labor encomendada de forma personal y atendiendo instrucciones de la pasiva, cumpliendo un horario en turnos rotativos de lunes a sábado, mencionando que fue despedido de manera unilateral y sin justa causa por parte del empleador el 17 de septiembre de 1984.

De otro lado, narró que el 24 de noviembre de 1983 en cumplimiento de las actividades para las cuales fue contratado por la demandada, sufrió un accidente de trabajo, ante lo cual la empresa le realizó curaciones indicando que la lesión no revestía gravedad, siendo negligente el actuar de la encartada al no permitirle acceder a la atención hospitalaria del caso. Adicionalmente, indicó que como consecuencia de ese evento las secuelas que presenta en el miembro superior derecho son permanentes y que a la fecha no ha sido valorado por la Administradora de Riegos Laborales.

Por último, refirió que no fue afiliado por parte de la enjuiciada al Sistema Integral de Seguridad Social ni realizó el informe del accidente de trabajo. De la misma forma, expuso que se le adeuda la indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La sociedad MINIPAK S.A.S. dio contestación a la demanda en audiencia pública celebrada el 4 diciembre de 2013 ante el Juzgado Quinto Municipal Laboral de Pequeñas Causas de Bogotá, en la que aceptó las pretensiones relacionadas con la existencia del contrato de trabajo a término indefinido y sus extremos laborales; sin embargo, se opuso a las demás pretensiones, esto es, las relacionadas con la ocurrencia del accidente de trabajo y el despido sin justa causa, aduciendo que tales situaciones no ocurrieron.

Propuso como excepciones previas las de prescripción y falta de competencia. Como excepciones de fondo formuló la falta de causa e inexistencia de la obligación.

Al reformar la demanda, por activa se desistió de las pretensiones de condena relacionadas con el pago de aportes al Sistema Integral de Seguridad Social, y adicionó el supuesto fáctico relacionando la sanción que impuso el Ministerio del Trabajo a la demandada por falta de pago de aportes. Igualmente, adicionó el acápite de pruebas, peticionando entre otros, el decreto de un dictamen pericial a fin de terminar la PCL.

De la misma forma, adicionó el capítulo de pretensiones en el sentido solicitar de manera principal se condene a la demandada a pagar la pensión de invalidez y de forma subsidiaria a pagar una indemnización por pérdida de capacidad laboral. Al correr traslado de la reforma de la demanda, el extremo pasivo no aceptó el nuevo hecho y se opuso las dos pretensiones planteadas en la reforma (Fls. 188 a 191 archivo 01 audio 003 04 12 2013).

En audiencia surtida el 6 de diciembre de 2013, se declaró probada la excepción previa de falta de competencia en razón a la cuantía, ordenando remitir el expediente a los Juzgados Laborales del Circuito (Fls. 192 a 194 archivo 01 y audio 005 06 12 2013).

En esa medida, por reparto correspondió el conocimiento de las diligencias al Juzgado Octavo Laboral del Circuito de esta ciudad (Fls. 196 y 201 archivo 001).

Así las cosas, en audiencia celebrada el 8 de abril de 2015, ese estrado judicial declaró probada la excepción de prescripción frente a la indemnización por despido injusto y señaló que además sería resuelta de fondo al resolver las demás pretensiones de la demanda y su reforma. Además, expuso que el litigio se centraría en establecer si existió un accidente de trabajo el 24 de noviembre de 1983, el estado de invalidez derivado de esa, si a la fecha de ese suceso el actor estaba afiliado y si es viable el reconocimiento de la pensión de invalidez o la indemnización derivados por la PCL como consecuencia de tal suceso. (Fl. 13 a 14 archivo 002 audio 006 08 04 2015).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 9 de junio del 2021, absolvió a la demandada de las pretensiones elevadas en su contra por el demandante y se abstuvo de imponer condena en costas.

Para arribar a esa conclusión la Juez de primer grado, adujo que el problema jurídico a resolver consistía en establecer la existencia del contrato de trabajo entre las partes, si el demandante sufrió un accidente de trabajo el 24 de noviembre del 1983 y si como consecuencia de tales declaraciones procedía el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez; de manera subsidiaria el pago de la indemnización por pérdida de capacidad laboral junto con la indexación de las sumas que resulten adeudadas.

Precisado lo anterior, expuso que no fue objeto de controversia que entre las partes existió un contrato de trabajo del 7 de marzo de 1983 y el 17 de septiembre del 1984, pues tales aspectos fueron aceptados por la pasiva desde la contestación de la demanda y la certificación laboral (Fls. 86, 87 y 145), igualmente adujo que se aceptó lo atinente al cargo desempeñado por el actor, como ayudante en la sección de refilado.

De otro lado, frente al accidente de trabajo que alegó el gestor le ocurrió el 24 de noviembre de 1983 el cual indicó le había dejado secuelas en el miembro superior derecho de carácter permanente, indicó la falladora de instancia que no existía prueba sumaria que acreditara tal situación, supuesto de hecho que debió el demandante acreditar a través de cualquier medio de prueba teniendo en cuenta los criterios de utilidad, conducencia y pertinencia.

Reiterando que de acuerdo con lo establecido en los artículos 60 y 61 del C.P.T. y de la S.S., no se logra establecer que la patología y el accidente alegado por el demandante fuera de carácter laboral, ni siquiera se acreditó la ocurrencia de tal suceso, además el demandante no cumplió con la obligación de cancelar los honorarios para practicar el dictamen ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez y no asistió a las audiencias. Motivo por el cual absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones principales y subsidiarias elevadas en su contra.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Teniendo en cuenta que la decisión fue totalmente desfavorable a las pretensiones de la parte demandante, y que no se interpuso recurso alguno, debe surtirse el grado jurisdiccional de consulta de conformidad con el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si entre las partes existió un contrato de trabajo, si al trabajador le ocurrió un accidente de

trabajo en vigencia de este y en caso positivo si es procedente el pago de la pensión de invalidez o en subsidio la indemnización por pérdida de capacidad.

c. Del Vínculo Laboral:

No es objeto de debate que, entre el actor y la demandada existió una relación laboral desde el 7 de marzo de 1983 hasta el 17 de septiembre de 1984, desempeñando el cargo de Ayudante en la Sección de Refilado, pues así fue aceptado por la convocada a juicio desde a contestación a la demanda, lo cual igualmente se corrobora con la certificación que reposa 174 del archivo 001 del expediente digital, tampoco se discute el pago de la indemnización por despido sin justa causa pues tal acreencia fue declarada prescrita en audiencia de que trata el artículo 77 del C.P.T. y de la S.S.

d. Del Accidente de Trabajo:

Al respecto, se advierte que el actor adujo en los hechos de la demanda que el 24 de noviembre de 1983 en desarrollo de sus funciones ocurrió un accidente de trabajo, el cual le dejó secuelas en miembro superior derecho de carácter permanente. Por su parte la encartada, se opuso a las pretensiones relacionadas con tal situación, aduciendo que nunca ocurrió el mencionado accidente laboral.

Ahora bien, el artículo 167 del C.G.P. aplicable por remisión normativa a los juicios del trabajo, consagra que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL3277-2021, Radicación No. 82819 de 26 de julio de 2021, señaló:

> *"[…] impera a quien afirma el supuesto fáctico de la norma, acreditar su ocurrencia, salvo que, según las particularidades del caso, impliquen una imposición probatoria desproporcionada o imposible (como ocurre, en la última hipótesis, con las afirmaciones o negaciones indefinidas), contexto en el cual dicha carga, por decisión del Juez y/o de la ley, se invierte, como lo expuso la Corte en las sentencias CSJ SL10115-2014, CSJ SL11325-2016 y CSJ SL 696-2021.*
>
> *"En efecto, en la primera providencia, señaló:*

"El paulatino abandono de la aplicación estricta de la regla de distribución de las cargas probatorias, y el tránsito hacia un esquema flexible, basado en la mejor disposición que tiene una de las partes para allegar un determinado elemento de juicio, se erige como una razón adicional para esperar que quien tiene en su poder la prueba, sea quien soporte la carga de aducirla en juicio, con mayor razón si con ella pretende acreditar un supuesto fáctico que le favorece.

"En la segunda, dijo:

"De antaño se ha considerado como principio universal en cuestión de la carga probatoria, que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla, obligando a quien pretende o demanda un derecho, que lo alegue y demuestre los hechos que lo gestan o aquellos en que se funda, desplazándose la carga de la prueba a la parte contraria cuando se opone o excepciona aduciendo en su defensa hechos que requieren igualmente de su comprobación, debiendo desvirtuar la prueba que el actor haya aportado como soporte de los supuestos fácticos propios de la tutela jurídica efectiva del derecho reclamado» (Sentencia CSJ SL, 22 abril 2004, rad. 21779).

"[…]

"Ahora bien, por regla general el onus probandi, en la forma referida, permanece inmodificable, pero hay eventos donde cobra vigencia el carácter dinámico de la carga de la prueba, para efectos de distribuirla de manera equitativa y lograr un equilibrio de las partes en la obligación de probar, ello dentro del marco de lealtad y colaboración".

A su vez, el Alto Tribunal en sentencia SL2108-2022, Radicación No. 88955 de 31 de mayo de 2022 sostuvo que *"en asuntos como el presente, en los que se invoca la existencia de un infortunio laboral, lo probado no puede dejar duda que el trabajo fue el generador del riesgo"*. Además, en sentencia SL11970-2017, Radicación No. 42200 de 03 de mayo de 2017 se indicó que *"para que exista accidente de trabajo, debe estar debidamente comprobada esa relación de causalidad, entre la labor desempeñada u orden impartida por parte del empleador, y el hecho generador"* del infortunio del trabajador.

Y es que la sola manifestación de la ocurrencia de un hecho como el que aquí se controvierte, no exonera a la parte que lo alega de probar la ocurrencia del mismo, así se señaló sentencia SL434-2019, Radicación No. 63635 de 20 de febrero de 2019:

"Las afirmaciones del demandante efectuadas en el escrito inicial son precisamente el objeto de prueba del proceso, en particular, los hechos

referidos a la existencia de culpa del empleador en la ocurrencia del accidente, ya que, como es sabido, el solo hecho de asegurar que una situación aconteció de determinada manera, no constituye su prueba, por lo que el actor tiene la carga de probar sus aseveraciones".

Adicionalmente, cabe señalar que en la ocurrencia de un accidente de trabajo es relevante no solo demostrar la patología, sino también demostrar las circunstancias de modo, tiempo y lugar, para poder determinar la eventual culpa del empleador (SL179-2020, Radicación No. 75468).

De cara a lo anterior, es patente que en el *sub-examine* tal como lo concluyó la Juez de instancia, si bien se corroboró la existencia de la relación laboral que deprecó el demandante, no es menos cierto que no obra medio de prueba alguno que permita tener certeza sobre la ocurrencia del accidente laboral que señala le ocurrió el 24 de noviembre de 1983, y que según sus dichos le ocasionó secuelas en su miembro superior derecho, pues recuérdese que la parte demandada en la audiencia en la que dio contestación a la demanda, sostuvo sobre el particular que tal hecho no ocurrió, motivo por el cual no le era posible allegar prueba alguna sobre tal evento, y es que si bien se allegaron documentos que hacen parte de la Historia Clínica del actor, no se puede soslayar que en el resultado de la radiografía de dedos en mano de 19 de mayo de 2015, se señala que no se comprueban lesiones traumáticas ni alteraciones osteoperiósticas.

Aunado a lo anterior, pese a que se decretó como prueba a favor del actor un dictamen pericial a efectos de establecer su pérdida de capacidad laboral ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez, tampoco cumplió con las cargas que la práctica de dicha prueba le imponía, de modo que, al no haber siquiera medio de prueba alguno que permita esclarecer si el 24 de noviembre de 1983 ocurrió el accidente de trabajo en cuestión, ello impide avanzar en el estudio de las demás pretensiones que se elevaron de forma principal y subsidiaria relacionadas con el pago de la pensión de invalidez o la indemnización como consecuencia de tal suceso, ya que el promotor de la litis se reitera incumplió con la carga de probar el derecho que reclamaba, pues los hechos en los que se funda su pedimento no fueron probados.

Como corolario de lo expuesto, no le queda otro camino a esta Sala de Decisión que confirmar la decisión de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia, por cuanto no se causaron.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ,** administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 16 de junio de 2022 por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN **CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR**
Magistrado **Magistrado**

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

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **08 2019 00722 01**
Demandante:	ALEXIS ROMERO ACEVEDO
Demandados:	COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES, a la abogada ALIDA DEL PILAR MATÉUS CIFUENTES, identificada con cédula de ciudadanía 37.627.008 y T.P. 221.228 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., en contra de la sentencia proferida el 9 de junio de 2022, por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá.

De igual manera, el presente proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor ALEXIS ROMERO ACEVEDO promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A., con la finalidad que se declare que existió vicio en el consentimiento el cual lo indujo en error en su afiliación a las administradoras de pensiones del RAIS, y en consecuente se declare la invalidez, la ineficacia, o la nulidad del formulario de afiliación a través del cual se afilió al RAIS. Igualmente, se declare que continúa afiliado al RPMPD administrado por COLPENSIONES y que COLFONDOS S.A. debe devolver los aportes a dicha administradora, e igualmente se declare que esta entidad debe recibir en calidad de afiliado.

Como consecuencia de tales declaraciones, pretende se condene a COLFONDOS S.A. a anular el formulario de afiliación mediante el cual se trasladó al régimen que administra ese fondo, se condene a COLPENSIONES a recibirlo en calidad de afiliado y se condene a COLFONDOS S.A., a devolver los aportes realizados a su nombre a COLPENSIONES. Finalmente, pretende se condene a las demandadas al pago de costas y agencias en derecho, además de lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra* y *extra petita.*

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 15 de julio de 1959 y que empezó a cotizar en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES desde el 27 de febrero de 1986 hasta octubre de 19950, tal como se aprecia en la Historia Laboral emitida por dicha entidad.

De otro lado, expuso que a finales de 1995 fue visitado en su lugar de trabajo por un asesor de COLFONDOS, el cual le dijo que el SEGURO SOCIAL se acabaría y su pensión se iba a perder junto con lo cotizado hasta ese momento, lo que le generó angustia e incertidumbre, además le dijo que se podía pensionar antes de la edad establecida en la ley con las semanas mínimas y sin necesidad de realizar aportes voluntarios ni adicionales, omitiendo informar el monto mínimo para poder acceder a este beneficio.

Además, refirió que COLFONDOS S.A., no realizó una simulación pensional que le permitiera valorar las consecuencias de su traslado de régimen pensional,

ni le advirtió sobre las consecuencias negativas que le generaría el traslado de régimen pensional. Por ende, se configura el error en la naturaleza del acto, a razón de la negligencia de la demandada en la afiliación que dio lugar al traslado de régimen pensional.

De igual manera, adujo que COLFONDOS S.A. le proyectó una mesada pensional de $2.648.372 y COLPENSIONES una de $6.053.581 a la edad de 62 años. Finalmente relató que elevó reclamación ante las encartadas en junio y julio de 2019, solicitando la nulidad del traslado, la cual fue despachada de manera negativa por COLFONDOS S.A., entre tanto, COLPENSIONES y PORVENIR S.A., no han brindado respuesta.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contra, aduciendo que el traslado de régimen pensional que realizó el actor se efectuó en ejercicio del derecho de libre escogencia de régimen pensional consagrado en el artículo en el artículo 13, el literal b) de la Ley 100 de 1993, por ende, es plenamente válido, de ahí, que el vicio en el consentimiento alegado debe probarse en el trámite procesal.

Propuso como excepciones de mérito las de prescripción y caducidad, la declaratoria de otras excepciones y la de inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir. (Fls. 140 a 146 - Archivo 01).

Entre tanto, PORVENIR S.A. señaló en su contestación indicó que no se oponía ni se allanaba a las pretensiones de la demanda, en tanto no se dirigían en contra de esa administradora; sin embargo, sostuvo que es un tercero de buena fe, que recibió al demandante fruto de un traslado horizontal, de acuerdo con lo previsto en el artículo 112 de la Ley 100 de 1993, además el demandante en 2002 se trasladó nuevamente a COLFONDOS S.A.

Formuló como excepciones de mérito las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia e inexistencia de la obligación y buena fe. (Fls. 163 a 182 - Archivo 01).

Por su parte, COLFONDOS S.A. al contestar la demanda se opuso a las pretensiones elevadas en su contra, como quiera que el traslado del demandante se presentó en virtud del derecho de libre escogencia, siendo el RAIS su elección, además los asesores de esa administradora le brindaron una asesoría integral y completa respecto de las implicaciones que el conllevaría el traslado, en la que le fueron informadas las características, diferencias, ventajas y desventajas entre los regímenes pensionales y los requisitos para acceder a la pensión de vejez, de lo cual da cuenta la suscripción del formulario de afiliación por parte del gestor, por tanto, no existe nulidad en la afiliación.

Como excepciones propuso las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, la innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, valides de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y la ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y la de compensación y pago. (Fls. 15 a 32 - Archivo 02).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 9 de junio de 2022, resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del señor ALEXIS ROMERO ACEVEDO, realizado de régimen de prima media al RAIS acaecido el día 19 de julio de 1995 mediante su afiliación a COLFONDOS, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.*
>
> *SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES admitir el traslado de régimen pensional del señor ALEXIS ROMERO ACEVEDO.*
>
> *TERCERO: CONDENAR a la demandada COLFONDOS y PORVENIR a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido por motivo de la afiliación del señor ALEXIS ROMERO ACEVEDO, tales como cotizaciones, bonos, pensionales, costos cobrados por administración debidamente indexados y sumas adicionales con los respectivos intereses de conformidad con las previsiones del artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado con las precisiones expuestas en la parte motiva de esta sentencia respecto de PORVENIR.*
>
> *CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a aceptar todos los valores que devuelva COLFONDOS y que reposaban en la cuenta de ahorro individual*

del demandante y efectuar todos los ajustes en la historia pensional del actor.

QUINTO: COSTAS en esta instancia, a cargo de la parte demandada COLFONDOS liquidarse por Secretaría, fijando agencias en derecho en la suma de un millón de pesos."

Para arribar a dicha conclusión, adujo la *a-quo* que es obligación de las AFP suministrar a los afiliados la información completa y suficiente antes del traslado, dándole a conocer las condiciones y características de cada uno de sus regímenes, así como la incidencia del traslado.

Bajo dicho entendimiento la información como elemento de convalidación de la afiliación, es respecto al caso puntal de cada uno de los afiliados y no se puede consentir que las AFP incumplan con su deber de información o buen consejo, indistintamente de si cuenta o no con régimen de transición.

Además, precisó que la carga probatoria del deber de información recae sobre las AFP, quienes en el presente caso no acreditaron que se haya suministrado la correspondiente información y las consecuencias del traslado, ni tampoco se obtuvo confesión alguna en el interrogatorio de parte, máxime si se tiene en cuenta que la suscripción del formulario no es prueba del suministro de dicha información y el traslado horizontal no convalida tampoco el traslado de régimen. Argumentos por los cuales, declaró la ineficacia del traslado, y la consecuencial devolución de los emolumentos causados en virtud de dicho acto jurídico, acotando que en el caso de PORVENIR S.A. ordenó la devolución de las cuotas de administración descontados en vigencia de la afiliación a ese fondo, las cuales deben ser devueltas de forma indexadas.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión, la demandada PORVENIR interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia, en lo atinente a la condena emitida en su contra por la devolución de gastos de administración por el tiempo en que el demandante estuvo afiliado con esa administradora, dado que ese concepto fue descontado en cumplimiento de un deber legal, el cual está establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, por tanto, dicha condena resulta desproporcionada, más si se tiene en cuenta que en la actualidad el gestor no

está afiliado con esa demandada y tampoco el traslado de régimen se efectuó con esa encartada, por lo que solicita la revocatoria de tal condena.

Por su parte, COLPENSIONES en su alzada expuso que al demandante no le asiste el derecho a que se declare la ineficacia o nulidad del traslado, como quiera que se encuentra inmerso en la prohibición establecida en, es decir, que el actor tuvo el tiempo suficiente para retornar del RAIS al RPMPD y no hizo uso de dicho derecho, por el contrario, fue manifiesto su voluntad de permanecer en el RAIS por más de 20 años, dado que el traslado se realizó en 1995; adicionalmente, realizó traslados horizontales en el mismo régimen, además la motivación del traslado obedece es netamente económica. Por último, señaló que la sostenibilidad financiera se ve gravemente afectada, pues si bien, se ordena trasladar todos los fondos, ello no suple el impacto que genera acoger a personas de avanzada edad en el régimen que administra.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional que realizó el demandante.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por

escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia el accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación

introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *"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".*

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *"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 en 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. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto",* criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

> *"[…] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante".*

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

> *"Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que 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 ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, o si se trasladó de manera horizontal, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que efectuó el actor el 19 de julio de 1995, No. 514307 con COLFONDOS S.A. (Fls. 41 – Archivo 02), efectiva a partir del 1º de agosto de esa misma anualidad como se aprecia de la certificación del SIAFP (Fls. 201 - Archivo 01), formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *"Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que*

las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado".

Advirtiéndose que no obra en el plenario, probanza diferente a la enunciada que permita colegir que al actor se le informó sobre la ventajas, características y diferencias de ambos regímenes pensionales. Por otra parte, en el interrogatorio de parte que depuso el demandante, no se colige que haya confesado estar debidamente informado en el momento de la afiliación, pues pese a que señaló que COLFONDOS S.A. realizó charlas grupales, destacó que el fondo no fue claro en indicar como iba a ser su futuro pensional, además les dijo que el ISS se acabaría y que en ese fondo se podrían pensionar a menor edad y con un mayor valor, luego, luce palmario que en ningún momento advirtió de las situaciones propias de cada régimen pensional, como tampoco las características, ventajas y desventajas de cada uno.

Ahora bien, tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *"la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:*

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información**	**Contenido mínimo y alcance del deber de información**
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la

	Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa No. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado al actor para el año 1995, una *"Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*".

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón a la falladora de instancia al declarar la ineficacia del traslado, dado que la AFP no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen.

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración, aspecto objeto de inconformidad de la demandada PORVENIR en su disenso, se memora que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló al respecto:

"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."

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

"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 COLFONDOSS.A. Deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales".

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión, luego, acorde con tales consideraciones resultan imprósperos los argumentos esbozados por PORVENIR S.A.

Respecto a una posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera, al que alude COLPENSIONES en su apelación, debe indicarse que, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha señalado sobre el particular:

"Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que

en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

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

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

En igual sentir, en sentencia SL 1440 del 2021, se estipuló y dejo sentada la línea jurisprudencial de la siguiente manera:

"Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que PORVENIR S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a COLPENSIONES, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.

"Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por

omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

"En esa línea, esta Sala de casación ha insistido en el traslado de los gastos de administración como efecto de la ineficacia, así se señaló en la sentencia CSJ SL 2877-2020:

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

"Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.

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

"En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a COLPENSIONES de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de

pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional."

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiara, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas del accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *"la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible […] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción".*

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se predica de la pretensión consecuencial de la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

"Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de

garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada PORVENIR S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020).

"De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de PORVENIR S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.

Así las cosas, se adicionará y modificará la orden emitida en primera instancia, recogiendo cualquier criterio expuesto con anterioridad sobre el particular.

SIN COSTAS en esta instancia.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA 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: ADICIONAR Y MODIFICAR los numerales primero y tercero de la sentencia proferida el 9 de junio de 2022, por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, a fin de disponer:

SEGUNDO: DEJAR SIN EFECTOS la afiliación efectuada y en consecuencia **CONDENAR** a la demandada COLFONDOS S.A., a que transfiera todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto a las sumas correspondientes rendimientos y comisiones por administración indexados a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES). La citada AFP también deberá devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a las primas de seguros previsionales de

invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

De la misma forma, deberán proceder la demandada PORVENIR S.A. frente a la devolución a COLPENSIONES de los gastos de administración de los aportes efectuados por el demandante mientras estuvo afiliado a esa administradora, conforme se indicó en el numeral tercero de la sentencia de primer grado.

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

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN **CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR**
Magistrado **Magistrado**

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

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **12 2020 00127 01**
Demandante:	MARCIAL FRANCISCO ORTEGA REYES
Demandado:	COLPENSIONES Y PORVERNIR S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES, a la abogada ALIDA DEL PILAR MATÉUS CIFUENTES, identificada con cédula de ciudadanía 37.627.008 y T.P. 221.228 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES y PORVENIR S.A. en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá del 11 de julio de 2022.

De igual manera, el presente proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor MARCIAL FRANCISCO ORTEGA REYES promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A. a fin que se declare la nulidad o ineficacia de su vinculación en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. realizado en el año 2002, debido a la omisión del deber de información por parte de la AFP mencionada en el momento del traslado.

Como consecuencia de lo anterior, se declare que siempre estuvo afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, se ordene a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES las sumas de dinero por concepto de bonos, cotizaciones, sumas adicionales, rendimientos financieros, gastos de pólizas por invalidez y muerte y devolución de los gastos de administración que fueron descontados, así como se ordene a esta última entidad que reactive su afiliación y corrija su historia laboral. Por último, se condene en lo demás que resulte probado según las facultades *ultra y extra petita.*

Como pretensiones subsidiarias solicitó que se tenga por inexistente el traslado de régimen pensional junto con las devoluciones respectivas, el reactivo de la afiliación por parte de COLPENSIONES, la corrección de su historia laboral y lo demás que se encontrare probado según las facultades ultra y extra petita. Asimismo, reformó la demanda expresando que se declarara que ha cotizado 836 semanas desde 1993 hasta 2007.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que nació el 3 de octubre de 1958, contando para la presentación de la demanda con la edad de 61 años, que el 1 de enero de 1993 se afilió al INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES y posteriormente se trasladó de régimen por medio de HORIZONTE hoy PORVENIR S.A en el mes de febrero de 2002.

De la afiliación realizada con PORVENIR S.A. refirió que esta se efectuó sin tener información concreta y veraz sobre las consecuencias del traslado de régimen, pues se omitió ponerle de presente cual podría ser el monto aproximado de su pensión en cada régimen, las condiciones para pensionarse con la mesada que deseara y a la edad que dispusiera, de que dependía su mesada pensional en cada régimen y que variables se tienen en cuenta para el efecto, la posibilidad de hacer aportes voluntarios y que se descontaría un porcentaje de su cotización para cubrir los gastos de administración. Por ello, considera que el asesor de PORVENIR S.A. no cumplió con el deber de informarlo correctamente sobre la conveniencia o no de su traslado.

De otro lado, menciona que el 17 de septiembre de 2019 solicitó una proyección pensional a la AFP, la cual le informó que debería trabajar hasta los 79 años para alcanzar una pensión de $828.116 con una tasa de reemplazo del 63.11%.

Como sustento de las pretensiones de la reforma de la demanda argumentó que en el tiempo en el que estuvo en el INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES cotizó un total de 289 semanas, mientras que desde el año 1993 hasta el 2007 el total de semanas cotizadas fue de 836.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PORVENIR S.A. contestó la demanda con oposición a las pretensiones tanto principales como subsidiarias argumentando que la vinculación de la demandante al RAIS es válida, que no se allega prueba siquiera sumaria que demuestre la nulidad o ineficacia de la afiliación, además que no se le puede endilgar una carga que no le corresponde, pues es desde el decreto 2555 de 2010 y el decreto 2071 de 2015 que las administradoras tienen el deber de asesoría e información. Enfatizó también en que como las características, condiciones, ventajas y desventajas de los regímenes pensionales están contenidas en la ley, el demandante no constató la información brindada en la asesoría por su falta de diligencia.

Presentó los medios exceptivos 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.

Respecto a la reforma de la demanda presentó contestación frente a esta expresando que no hay lugar a declarar las semanas pedidas por el demandante, dado que de su historia laboral se acredita que ha cotizado solamente 200 semanas al Sistema General de Pensiones.

A su turno COLPENSIONES presentó contestación de la demanda frente a las pretensiones principales, sosteniendo que el demandante admite en la narración de los hechos que el asesor de PORVENIR S.A. le informó sobre características del RAIS como tener una pensión de mayor valor y de manera anticipada, y frente a las subsidiarias que el acto jurídico del traslado es existente, pues así lo demuestra el formulario de afiliación suscrito entre la AFP PORVENIR y el accionante.

Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, buena fe, imposibilidad de condena en costas y la genérica.

Sobre la reforma de la demanda el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá mediante auto del 23 de mayo de 2021 tuvo por no contestada la reforma de la demanda por parte de COLPENSIONES.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 11 de julio de 2022 resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia de la afiliación realizada por el señor MARCIAL FRANCISCO ORTEGA REYES identificado con C.C. No 12.973.347 del régimen de prima media con prestación definida administrado en su momento por el ISS hoy COLPENSIONES al de ahorro individual con*

solidaridad administrado por PORVENIR S.A. antes HORIZONTE el 1 de febrero de 2002, conforme a lo considerado en esta sentencia.

***"SEGUNDO: DECLARAR** válidamente vinculado al señor MARCIAL FRANCISCO ORTEGA REYES al régimen de prima media con prestación definida, conforme lo expuesto.*

***"TERCERO: CONDENAR a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES** todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor MARCIAL FRANCISCO ORTEGA REYES tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones y rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea el demandante en su cuenta de ahorro individual, debidamente indexados; conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

***"CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES** a recibir todos los valores que reintegre PORVENIR S.A., con motivo de la declaratoria de ineficacia de la afiliación del señor MARCIAL FRANCISCO ORTEGA REYES al régimen de ahorro individual con solidaridad, y una vez ingresen los dineros a actualizar su información en la historia laboral.*

Para arribar a dicha conclusión, la operadora de instancia precisó que el presente asunto debía analizarse a la luz de la ineficacia del traslado más no de la nulidad del mismo, tomando en cuenta que la Corte Suprema de Justicia ha establecido un precedente jurisprudencial dictando que cuando el acto de afiliación se ve afectado por falta de consentimiento informado debe ser esta figura la que opere.

Seguidamente expresó que la Alta Corporación ha establecido que las AFP tienen en deber de suministrar información completa para que los potenciales afiliados puedan tomar una decisión consciente de vincularse o no, además que la simple firma del formulario de afiliación no es prueba suficiente para acreditar la información entregada, en ese sentido son las administradoras las que ostentan la carga de la prueba respecto de la información proporcionada para el momento de la afiliación.

Descendiendo al caso en concreto, la juzgadora refirió que de las pruebas obrantes tanto documentales como practicadas en audiencia se tiene que el demandante se trasladó a HORIZONTE hoy PORVENIR en el año de 2002

proveniente del ISS en donde cotizó de manera interrumpida del 1 de enero de 1993 hasta febrero de 2002, asimismo que la administradora que efectuó la vinculación y el consecuente traslado de régimen no le informó al accionante sobre las características de los regímenes pensionales como los requisitos para acceder a su pensión, cuando procedería una devolución de aportes, las distintas modalidades de pensión en el RAIS y la posibilidad de retornar al RPM cuando le faltaren menos de 10 años para pensionarse, además de los efectos, ventajas y desventajas de trasladarse de régimen, pues del interrogatorio de parte practicado no se da cuenta de lo mencionado, aunado a que del formulario de afiliación no se puede extraer que se haya cumplido el deber de información que ostentaba al momento del traslado como se explicó en precedencia. En consecuencia, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional con todos sus efectos.

Por último, respecto de la declaración de la cantidad de semanas cotizadas contenida en la reforma de la demanda, señaló que al no indicarse de manera clara los periodos faltantes con su respectivo empleador y el fondo correspondiente no era posible emitir una decisión de fondo sobre el particular.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

COLPENSIONES presentó recurso de apelación frente a la sentencia de instancia argumentando que el demandante está inmerso en la prohibición legal para trasladarse contenida en la ley 797 de 2003, seguidamente expresa que la verdadera razón del actor para regresar al RPM es aumentar su expectativa pensional lo que genera un desbalance de los rubros del Sistema General de Pensiones afectando la sostenibilidad financiera del mismo, en ese sentido debe tenerse como válida la afiliación realizada en 2002 pues esta fue realizada de manera libre y voluntaria como lo expresó en el interrogatorio de parte.

De otro lado, solicita se revoque la condena en costas impuesta a su cargo, en el entendido que siempre actuó bajo el principio de la buena fe y del acatamiento de la prohibición contenida en la ley 797 de 2003.

A su turno PORVENIR S.A. presentó recurso de alzada frente a la sentencia de primera instancia manifestando que el precedente jurisprudencial desarrollado por la Corte Suprema de Justicia en este asunto también comprende que debe estudiarse las particularidades de cada caso, en ese sentido considera que en el presente no se le dio el valor probatorio que correspondía a las pruebas aportadas al plenario, además de que se allegó el formulario de afiliación el cual da cuenta de la vinculación del demandante, documento único para la fecha con el fin de acreditar lo dispuesto por la normatividad vigente para la afiliación.

Que si bien PORVENIR S.A. asumió las obligaciones de HORIZONTE en la fusión que se generó, lo cierto es que el actor si recibió asesoría por parte de un asesor que le explicó las características del RAIS, asimismo que, aunque el demandante no fuese experto en pensiones es una persona capaz para obligarse y comprender las consecuencias del traslado del régimen pensional.

Del mismo modo expresó su inconformidad respecto de la devolución de los rendimientos, gastos de administración y sumas por los seguros provisionales, ya que bajo la premisa de retrotraer las cosas a su estado inicial, derivada de la ineficacia del traslado, se sale de tal plano la condena impuesta teniendo en cuenta que los rendimientos generados son privativos del RAIS y según la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia se pondría al afiliado en una situación distinta a la anterior, puntualizando sobre los gastos de administración tampoco considera que se deba efectuar una devolución, al ser captados por mandato legal, y referente a los seguros previsionales los mismos fueron pagados como la norma también lo dispone. Por último, mencionó que según lo dictado por la Superintendencia financiera se deben observar las restituciones mutuas por traslado de régimen a la luz del artículo 8º del decreto 3995 de 2008.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia el accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras,

en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *"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".

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *"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 en 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. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto",* criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

> *"[…] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante".*

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

> *"Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que 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 ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación suscrito con HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. de fecha 1 de febrero de 2002 (Fl. 64 del archivo 001.) en el que se refiere que la decisión es libre y voluntaria, no obstante, la Corte Suprema de Justicia ha sido reiterativa en indicar que no es prueba suficiente para afirmar que se le suministró al afiliado la información oportuna y veraz; así lo establece en la sentencia de tutela anteriormente citada: *"desde la sentencia CSJ SL, 09 Sep 2008, rad. 31989, la sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como <<la afiliación se hace libre y voluntaria>>, <<se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones>> u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado.*

Por otra parte, del interrogatorio de parte practicado al demandante no se puede extraer confesión alguna de haber recibido la información necesaria para que la AFP acreditara el deber de información que le compete, pues el actor manifestó que tuvo una reunión grupal en febrero de 2002 en su lugar de trabajo en el municipio de Almaguer (Cauca) donde llegó una asesora de HORIZONTE

ofreciéndoles cubrir sus contingencias de pensión y salud, que de aquella reunión de no más de 25 minutos le comentaron que el ISS se iba a acabar y que podrían perder sus aportes por ello debían afiliarse a un fondo privado el cual haría que no sucediera tal situación, no obstante se omitió por la asesora entregar información como la existencia de una cuenta de ahorro individual, que de los aportes realizados estos tendrían una rentabilidad y la incidencia de sus beneficiarios en el RAIS.

Por lo anterior se vislumbra que, aunque expresó que no fue coaccionado o presionado para afiliarse, la apreciación del interrogatorio arroja que no confesó el cumplimiento del deber de información en asuntos claves para tomar una decisión informada como los riesgos y efectos que podría tener su traslado, las diferencias entre ambos regímenes o de qué dependería su mesada pensional, pues si bien refirió que conocía las condiciones para pensionarse en ambos regímenes esto no lo conoció sino hasta que su abogada lo asesoró frente al tema.

Ahora bien, tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *"la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:*

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información**	**Contenido mínimo y alcance del deber de información**
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993,	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un

	modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa No. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado al actor para el año 2002, una *"Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*".

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón al fallador de instancia, teniendo en cuenta que la AFP no acreditó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen.

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración, asunto objeto de apelación por parte de PORVENIR S.A., la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

> *"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*
>
> *"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

> *"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".*

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión.

Respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera, debe indicarse que, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia,

Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha señalado sobre el particular:

> *"Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».*
>
> *"Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.*
>
> *"Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»".*

En igual sentir, en sentencia SL 1440 del 2021, se estipuló y dejo sentada la línea jurisprudencial de la siguiente manera:

> *"Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que Porvenir S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y*

gastos de administración a Colpensiones, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.

"Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a Colpensiones los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

"En esa línea, esta Sala de casación ha insistido en el traslado de los gastos de administración como efecto de la ineficacia, así se señaló en la sentencia CSJ SL 2877-2020:

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

"Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.

"De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el

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

"En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional."

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiara, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas del accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *"la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible […] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción".*

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se predica de la pretensión consecuencial de la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.

En lo atinente a la inconformidad que presenta COLPENSIONES respecto a su inclusión en la condena en costas de primera instancia, debe indicarse que el artículo 365 del C.G.P., aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., establece la imposición de esta figura para la parte vencida en juicio, luego, al haber sido evidente que esa accionada se opuso a las pretensiones de la demanda, es claro para la Sala la prosperidad de la condena en costas de primera instancia, pues la entidad recurrente fue vencida en juicio. En efecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2461-2021, Radicación No. 82211 del 8 de junio de 2021, señaló:

> *"Por último, en cuanto a las costas, basta remitirse al artículo 392 del CPC, hoy 365 del CGP, norma a la que se acude por remisión expresa del artículo 145 del CPTSS, para rectificar que tal condena procede frente a la parte vencida en el litigio o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación. súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.*
>
> *"En tal virtud, como en primera instancia la vencida en juicio fue la accionada, en cuanto prosperó la pretensión subsidiaria de pagar la devolución de saldos y a ella se opuso dicha entidad al contestar el libelo inicial, la decisión del Juzgado de condenarla en costas se ajusta a derecho; máxime que se trata de un imperativo legal o causa objetiva, lo que implica que se impone tal condena a la parte vencida, sin que sea necesario entrar a analizar el actuar el perjudicado o la razón".*

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

> *"Por tal razón, se impondrá la devolución a Colpensiones de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por*

la AFP Porvenir S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada Porvenir S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por Colpensiones (CSJ SL2877-2020).

"De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de Porvenir S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.

Así las cosas, se adicionará y modificará la orden emitida en primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA 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: ADICIONAR Y MODIFICAR los numerales primero y tercero de la sentencia proferida el 11 de julio de 2022 por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedará así:

SEGUNDO: DEJAR SIN EFECTOS la afiliación efectuada y en consecuencia CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. a que transfiera todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto a las sumas correspondientes rendimientos y comisiones por administración indexados a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES). La citada AFP también deberá devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a

las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado

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

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **12 2020 00413 02**
Demandante:	MONICA BORBON GARZON
Demandado:	COLPENSIONES, SKANDIA S.A. Y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por la totalidad de las demandadas en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Doce del Circuito de Bogotá del 25 de abril de 2022.

De igual manera, el presente proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora MONICA BORBON GARZON promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, SKANDIA S.A. y PORVENIR S.A. a fin que se declare la nulidad o ineficacia de su vinculación en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de HORIZONTE hoy PORVENIR S.A.

Como consecuencia de lo anterior, se condene a SKANDIA S.A. devolver a COLPENSIONES todos los dineros existentes en su cuenta de ahorro individual por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora y los rendimientos financieros, asimismo condenar a esta última entidad a reactivar su afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y a que reciba los dineros provenientes de la AFP SKANDIA.

Por último, también como consecuencia de la ineficacia, solicitó se condene al pago de los daños y perjuicios morales y materiales, así como lo demás que resulte probado según las facultades ultra y extra petita.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como sustento de sus pedimentos, indicó que nació el 14 de agosto de 1964, que cotizó desde el 4 de abril de 1988 hasta el 28 de febrero de 1998 un total de 513,29 semanas mientras estuvo vinculada en el INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES, que fue trasladada a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. mientras trabajaba en la empresa ALBA DE COLOMBIA S.A. siendo su primera cotización para el RAIS en el mes de septiembre de 2001 y posteriormente fue vinculada a OLD MUTUAL hoy SKANDIA S.A. en diciembre de 2009.

De la afiliación realizada con HORIZONTE aseveró que no se le informó sobre los requisitos para pensionarse en el régimen en donde se encontraba, que tampoco se le entregó un cálculo actuarial por medio del cual pudiese confrontar el monto de la pensión que recibiría en ambos regímenes, seguidamente se presentaron otras omisiones como el no ponerle de presente la modalidad de su pensión en el RAIS y de que dependería esta, los descuentos por gastos de administración, el comportamiento de la mesada pensional en el RPM, lo que tendría que hacer para pensionarse con 57 años y que debía cotizar más de la edad requerida para poder acceder a una pensión de más de un salario mínimo.

Por todo lo anterior, considera que la AFP que realizó el traslado de régimen pensional no cumplió con su deber de información, vulnerando sus expectativas legítimas de pensionarse en el RPM con condiciones más favorables.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PORVENIR S.A. contestó la demanda con oposición a las pretensiones argumentando que la afiliación de la accionante con HORIZONTE en el año 2001 fue producto de una decisión libre e informada precedente de una asesoría amplia en donde se le indicó las consecuencias pensionales de estar en el RAIS como da cuenta el formulario de afiliación, por lo tanto, la afiliación es válida al estar de acuerdo al artículo 60 de la ley 100 de 1993. También que su voluntad de permanecer en el RAIS está demostrada con la vinculación que realizó con SKANDIA S.A. en el año de 2009, por lo que al estar 19 años vinculada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad tiene una expectativa legitima de pensionarse bajo sus condiciones al nunca presentar inconformidad al respecto. Por último, que al ser la afiliación valida por efectuarse de manera libre y voluntaria no se produjo perjuicio alguno a la actora.

De la misma manera, expreso que no procede la devolución de las sumas alegadas al estas no formar parte integral de la pensión, además que según concepto de la Superintendencia Financiera del año 2000 en caso de traslado no procede la devolución de las sumas de seguro previsional y gastos de administración.

Presentó los medios exceptivos de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y la genérica.

A su turno COLPENSIONES presentó contestación a la demanda con oposición a la totalidad de las pretensiones sosteniendo que la demandante era plenamente consciente sobre la incidencia de la firma del formulario de afiliación y su afiliación se realizó de manera libre y espontánea lo que daría en el no proceder de la ineficacia del traslado de régimen, teniendo en cuenta también que no se probó el vicio del consentimiento en su vinculación. Asimismo, adujo que al no

proceder con la pretensión principal no había lugar al pago de perjuicios morales y morales.

Propuso las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y declaratoria de otras excepciones.

Por su parte SKANDIA S.A. contestó la demanda no oponiéndose ni allanándose a las pretensiones 1ª, 2ª y 5ª, mientras que si se opuso a las demás manifestando que la afiliación realizada por la presente AFP fue de acuerdo a la normatividad correspondiente, además de que fue asesorada con la información necesaria para que tomara una decisión consciente, que de los gastos de administración y sumas por seguro previsional no procede su devolución al estas sumas no pertenecer al afiliado y que la actora no determinó claramente los perjuicios que sufrió o aportó elementos de prueba que den cuenta de los elementos de la responsabilidad para condenar por los mismos.

Invocó los medios exceptivos denominados SKANDIA no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, la demandante se encuentra en inhabilitada para el traslado de régimen en razón de su edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta del deber de asesoría e información, los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares, ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante, imposibilidad de reintegrar gastos de administración, prescripción, buena fe y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 25 de abril de 2022 resolvió:

*"**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia de la afiliación realizada por la señora MÓNICA BORBÓN GARZÓN identificada con C.C. No 51.739.538 del régimen de prima media con prestación definida administrado en su momento por el ISS hoy COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por HORIZONTE hoy PORVENIR el 4 de julio de 2001, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.*

*"**SEGUNDO: DECLARAR** válidamente vinculada a la señora MÓNICA BORBÓN GARZÓN al régimen de prima media con prestación definida, conforme lo expuesto.*

*"**TERCERO: CONDENAR** a SKANDIA S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora MÓNICA BORBÓN GARZÓN tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la demandante en su cuenta de ahorro individual, debidamente indexados; conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia*

*"**CUARTO: CONDENAR** a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES, lo relativo a gastos de administración, comisiones y seguros previsionales que le fueron descontados a la accionante, durante el tiempo que permaneció afiliada a HORIZONTE y a esta, debidamente indexados de acuerdo a lo decidido.*

*"**QUINTO: CONDENAR** a COLPENSIONES a recibir todos los valores que reintegren PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A. con motivo de la declaratoria de ineficacia de la afiliación de la señora MÓNICA BORBÓN GARZÓN al régimen de ahorro individual con solidaridad, y una vez ingresen los dineros a actualizar su información en la historia laboral.*

Para arribar a dicha conclusión, la juez de primera instancia expresó que la Corte Suprema de Justicia ha establecido que las AFP tienen en deber de suministrar información completa para que los potenciales afiliados puedan tomar una decisión consciente de vincularse o no, además que la simple firma del formulario de afiliación no es prueba suficiente para acreditar la información entregada. En ese sentido, son las administradoras las que ostentan la carga de la prueba respecto de la información proporcionada para el momento de la afiliación, sosteniendo además que no es necesario que la persona que solicita la ineficacia de su traslado tenga una expectativa legitima o sea beneficiaria del régimen de transición.

Descendiendo al caso en concreto, la juzgadora refirió que de las pruebas documentales aportadas, así como de las practicadas se puede extraer que la actora realizó traslado de régimen pensional a través de HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. el 4 de julio de 2001 y posteriormente se vinculó a SKANDIA SA el 28 de octubre de 2009, que en el RPM cotizó de manera interrumpida desde el 4 de abril de 1988 hasta el 28 de febrero de 1998, mientras que ha estado cotizando en el RAIS desde la fecha de su traslado hasta la actualidad.

No obstante, refirió que de los mismos medios probatorios se puede colegir que la administradora que efectuó la vinculación y el consecuente traslado de régimen no le informó a la demandante sobre las ventajas y desventajas de trasladarse de régimen, pérdidas o ganancias de los rendimientos que podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, cuando procedería una devolución de aportes, las distintas modalidades de pensión en el RAIS, su liquidación y como acceder a la misma, además de la posibilidad de retornar al RPM cuando le faltaren menos de 10 años para pensionarse, información que estaba obligada a suministrar.

Enfatiza la a-quo en que el deber de información no puede recaer en el afiliado, pues son las administradoras quienes ostentan tal obligación y esta no obedece ni se relativiza al grado de escolaridad de las personas, ya que tal situación no garantiza que tengan conocimiento frente al asunto y por ello existen los asesores de las AFP.

Así con todo, declaró el traslado de régimen ineficaz, en el entendido que el formulario de afiliación no es prueba idónea para acreditar la información suministrada y SKANDIA S.A. no tenía la obligación de subsanar lo que era de competencia de HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., sin embargo dejo de presente que si así fuera tampoco obró prueba alguna para tener la situación subsanada por la administradora SKANDIA S.A.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión, SKANDIA S.A. presentó recurso de apelación parcial frente a la sentencia de primera instancia respecto de la devolución de los gastos de administración, expresando que según el decreto 3925 del 2008 en su artículo 7º no contempla estos conceptos cuando se trasladan valores por traslado de régimen, que estos no se encuentran en poder de la administradora al cumplir con los pagos de primas de seguro previsional y señaló que de ser confirmada la condena respectiva se revoque su entrega de manera indexada contando con que se devuelven los rendimientos generados, los cuales compensan la devaluación de la moneda.

Seguidamente sostiene que aplica el fenómeno de la prescripción sobre los conceptos en los que basa su recurso, pues estos se derivan del contrato de seguro previsional regido por las normas comerciales más precisamente el artículo 1081 del código de comercio, el cual establece una prescripción de 2 años para las acciones que se deriven del contrato en comento. Por ende, teniendo en cuenta que la demandante se trasladó en 2001, el porcentaje de los gastos de administración derivado del contrato de seguro están prescritos y así solicita se tenga en cuenta en caso de confirmar la devolución de las sumas.

PORVENIR presentó recurso de alzada en contra de la providencia dictada en primera instancia, considerando que la condena impuesta a devolver los gastos de administración no es procedente en el entendido que estos no pertenecen integralmente a la pensión, por ello son susceptibles de prescripción, se estaría generando un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES y que se hacerse esta devolución también se debería condenar a la demandante a devolver a la AFP los rendimientos generados, pues solo así se cumpliría con las restituciones mutuas según lo dictado por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia.

A su turno COLPENSIONES solicitó la revocatoria de la condena en costas impuesta en su contra en la sentencia de primera grado, sosteniendo que siempre actuó bajo la egida de la buena fe y los parámetros legales, además que según el

artículo 365 del C.G.P., aplicable por remisión del artículo 141 del C.P.T. y de la S.S. se debe observar la conducta de las partes para efectos de la condena en costas.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia el

accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *"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".

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *"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 en 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. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto",* criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

> *"[…] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante".*

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

> *"Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que 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 ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación suscrito con HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. de fecha 4 de julio de 2001 (Fl. 37 del archivo 001.), así como el realizado con SKANDIA S.A. del 28 de octubre de 2009 (Fl. 52 del archivo 001.) en los cuales se refiere que la decisión es libre y voluntaria, no obstante, la Corte Suprema de Justicia ha sido reiterativa en indicar que no es prueba suficiente para afirmar que se le suministró al afiliado la información oportuna y veraz; así lo establece en la sentencia de tutela anteriormente citada: *"desde la sentencia CSJ SL, 09 Sep 2008, rad. 31989, la sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como <<la afiliación se hace libre y voluntaria>>, <<se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones>> u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el*

deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado.

Por otra parte, del interrogatorio de parte practicado a la demandante se tiene que el traslado ocurrió cuando trabajaba para ALBA DE COLOMBIA S.A., en donde la gerente de recursos humanos le informó que el ISS no podría pagar las pensiones y que trasladarse a un fondo privado era una alternativa a ello, asimismo que podría pensionarse en cualquier tiempo y que su pensión seria heredable, no obstante se cometieron distintas omisiones como la generación de rendimientos en el RAIS, cuando procedería la devolución de saldos, la posibilidad de realizar aportes voluntarios, las condiciones para pensionarse tanto en el RAIS como en el RPM y el derecho de retracto.

Por lo anterior se vislumbra que la actora no confesó el cumplimiento del deber de información en asuntos claves para tomar una decisión informada como los riesgos y efectos que podría tener su traslado, las diferencias entre ambos regímenes o de qué dependería su mesada pensional, pues debe también tenerse en cuenta la mención en el interrogatorio de parte de que en ninguna de las dos reuniones o acercamientos que tuvo con las AFP en donde terminó afiliada hubo un asesor de la entidades para ilustrarla sobre lo pertinente.

Ahora bien, tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *"la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:*

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información**	**Contenido mínimo y alcance del deber de información**

Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa No. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado a la actora para el año 2001, una *"Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*".

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón a la falladora de instancia, teniendo en cuenta que la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. no acreditó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen.

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración, materia objeto de recurso de alzada por parte de PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A., la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

> *"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*
>
> *"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

> *"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".*

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que

deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión.

De igual manera, debe señalarse respecto de los gastos de administración, que su devolución debe realizarse de manera indexada, al señalar la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL5543-2021, Radicación No. 86545 del 9 de diciembre de 2021:

> *"También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, postura que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.*

Se debe acotar además que no resulta dable estimar que los rendimientos que deben ser reintegrados a COLPENSIONES supla la indexación de los gastos de administración, en tanto, tiene fuente y destinación distinta, en tanto los rendimientos se ocasionaron por la administración de los aportes, mientras que la actualización busca el equilibrio frente a la depreciación monetaria. En ese sentido, los argumentos esbozados por SKANDIA S.A. sobre del particular en su recurso de apelación resultan imprósperos.

Respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera, debe indicarse que, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha señalado sobre el particular:

> *"Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de*

la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

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

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

En igual sentir, en sentencia SL 1440 del 2021, se estipuló y dejo sentada la línea jurisprudencial de la siguiente manera:

"Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que Porvenir S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a Colpensiones, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.

"Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a Colpensiones los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de

administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

"En esa línea, esta Sala de casación ha insistido en el traslado de los gastos de administración como efecto de la ineficacia, así se señaló en la sentencia CSJ SL 2877-2020:

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

"Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.

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

"En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de

vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional."

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiara, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas del accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *"la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible […] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción".*

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se predica de la pretensión consecuencial de la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.

En lo atinente a la inconformidad que presenta COLPENSIONES respecto a su inclusión en la condena en costas de primera instancia, debe indicarse que el artículo 365 del C.G.P., aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., establece la imposición de esta figura para la parte vencida en juicio, luego, al haber sido evidente que esa accionada se opuso a las pretensiones de la demanda, es claro para la Sala la prosperidad de la condena en costas de primera instancia, pues la entidad recurrente fue vencida en juicio. En efecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2461-2021, Radicación No. 82211 del 8 de junio de 2021, señaló:

> *"Por último, en cuanto a las costas, basta remitirse al artículo 392 del CPC, hoy 365 del CGP, norma a la que se acude por remisión expresa del artículo 145 del CPTSS, para rectificar que tal condena procede frente a la parte vencida en el litigio o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación. súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.*
>
> *"En tal virtud, como en primera instancia la vencida en juicio fue la accionada, en cuanto prosperó la pretensión subsidiaria de pagar la devolución de saldos y a ella se opuso dicha entidad al contestar el libelo inicial, la decisión del Juzgado de condenarla en costas se ajusta a derecho; máxime que se trata de un imperativo legal o causa objetiva, lo que implica que se impone tal condena a la parte vencida, sin que sea necesario entrar a analizar el actuar el perjudicado o la razón".*

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

> *"Por tal razón, se impondrá la devolución a Colpensiones de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP Porvenir S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada Porvenir S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por Colpensiones (CSJ SL2877-2020).*

"De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de Porvenir S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.

Así las cosas, se adicionará y modificará la orden emitida en primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA 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: ADICIONAR Y MODIFICAR los numerales primero, tercero y cuarto de la sentencia proferida el 25 de abril de 2022 por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedará así:

SEGUNDO: DEJAR SIN EFECTOS la afiliación efectuada y en consecuencia CONDENAR a SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A. a que transfiera todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto a las sumas correspondientes rendimientos y comisiones por administración indexados a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES). La citada AFP también deberá devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

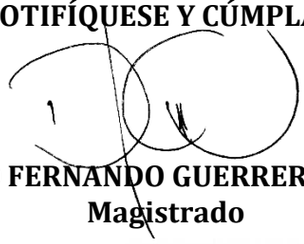
Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

De la misma forma, deberá proceder la demandada PORVENIR S.A. frente a la devolución a COLPENSIONES de los gastos de administración de los aportes efectuados por la demandante mientras estuvo afiliada a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., conforme se indicó en el numeral cuarto de la sentencia de primer grado.

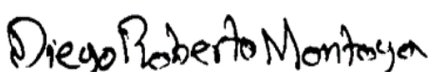
TERCERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia en todo lo demás.

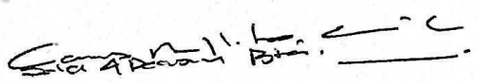
CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado





DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN **CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR**
Magistrado **Magistrado**

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

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **12 2021 00162 01**
Demandante:	WILLIAM CONTRERAS HERRERA
Demandado:	FRONTERA ENERGY COLOMBIA CORP. SUCURSAL COLOMBIA
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar el presente asunto en el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión de primer grado fue adversa a sus pretensiones.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor WILLIAM CONTRERAS HERRERA promovió demanda ordinaria laboral en contra de la sociedad FRONTERA ENERGY COLOMBIA CORP SUCURSAL COLOMBIA, a fin que se declare que existió un contrato de trabajo escrito a término indefinido por el periodo comprendido entre el 16 de julio de 2009 y el 26 de junio de 2018, calenda última en que se dio por terminado de manera unilateral por parte del empleador.

Como consecuencia de lo anterior, se condene a la demandada a reintegrarlo de forma inmediata al cargo que venía desempeñando o uno de iguales o mejores condiciones, junto con el pago de salarios causados desde el 26 de junio de 2018 hasta la fecha en que se haga efectivo dicho reintegro.

Al pago de vacaciones, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías y prima de servicios desde el 26 de junio de 2018 y hasta la efectivización del reintegro, sanción por la no consignación de las cesantías de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, indemnización moratoria dispuesta en el artículo 65 del C.S.T. y sanción por despido sin justa causa del artículo 64 del C.S.T.

Igualmente, al pago de aportes al Sistema Integral de Seguridad Social desde el 26 de junio de 2018 y hasta la fecha del reintegro, la indexación de la totalidad de las acreencias laborales perseguidas, los derechos extralegales y/o convencionales, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra* y *extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, refirió que existió con la encartada un contrato de trabajo a término definido de un año por el periodo comprendido entre el 16 de julio de 2009 y el 15 de julio de 2020, al igual que, mediante otrosíes Nos. 1, 2, 3 y 4 el referido contrato fue prorrogado y mediante otrosí No. 5 se modificó a un contrato de trabajo a término indefinido.

Que el último salario básico fue la suma de $5.588.000, desempeñando el cargo de Técnico III – Facilitador Seguridad Vial; sostuvo que el 25 de agosto de 2011 se encontraba en desarrollo de las funciones de su cargo en campo cuando sufrió un *"trombo embolismo pulmonar de alta probabilidad – trombosis de vena cava",* por lo que fue hospitalizado y posteriormente incapacitado por un término de aproximadamente un año, así como que, a raíz de dicha enfermedad, quedó con una serie de limitaciones las cuales no le permitieron

regresar a sus labores, de ahí que la demandada para el mes de septiembre de 2012 lo reubicara a trabajo de oficina.

Expuso que la demandada a través de comunicación adiada el 17 de febrero de 2015 le notificó la terminación del contrato de trabajo, lo que conllevó a que instaurara acción constitucional de tutela el 19 de junio de 2015 ante los Juzgados Penales Municipales de Bogotá con la finalidad que fuesen amparados sus derechos fundamentales a la salud, vida, trabajo, estabilidad laboral reforzada, debido proceso y seguridad social, tutela que correspondió al Juzgado Setenta y Tres Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá bajo radicación 2015-069, y que en decisión adiada el 2 de julio de 2015 la declarara improcedente.

Que luego de ser impugnada la acción de tutela, el Juzgado Cuarenta y Nueve Penal del Circuito con Función de Conocimiento en sede de segunda instancia profirió sentencia el 25 de agosto de 2015 revocando el fallo primigenio y, en su lugar, amparó su derecho a la estabilidad laboral reforzada, por lo que ordenó el reintegro a su cargo, junto con el pago de salarios dejados de percibir y los aportes al Sistema Integral de Seguridad Social, situación que conllevó a que la encartada efectuara correspondiente reintegro.

Por último, expuso que pese a la orden impartida en sede de tutela, la pasiva decidió terminar la relación laboral de manera unilateral el 26 de junio de 2018 mediante documento denominado transacción.

1.3 CONTESTACIONES DE LA DEMANDA:

La demandada FRONTERA ENERGY COLOMBIA CORP SUCURSAL COLOMBIA refirió que el 16 de julio de 2009 se suscribió contrato de trabajo a término fijo con el demandante hasta el 15 de julio de 2010, vínculo que se prorrogó hasta el 15 de julio de 2013 a través de los otrosíes Nos. 2, 3, 4, para luego suscribirse el otrosí No. 5 en el que se dispuso por mutuo acuerdo modificar el término del

contrato a indefinido y a partir del 23 de abril de 2013, vínculo que finalizó el 26 de junio de 2018 con ocasión de un mutuo acuerdo. Encontró reproche en el cargo referido por el demandante, pues argumenta que se desempeñó como Profesional HSEQ.

De otra parte, adujo que no se pudo concluir que la patología médica que alude el actor tenga relación con la labor ejecutada, precisando a su vez que para el momento de la finalización de la relación laboral el actor no contaba con tratamientos médicos, recomendaciones médicas o limitaciones que afectaran su actividad laboral, ni mucho menos con alguna pérdida de capacidad laboral debidamente calificada.

Asimismo, destacó que con el mutuo acuerdo celebrado el 26 de junio de 2018 que puso fin al contrato de trabajo, al demandante le fue pagada la suma de $73.332.566.

Formuló como medios exceptivos los denominados cosa juzgada, inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido, compensación, enriquecimiento sin causa de la demandante, buena fe, prescripción, mala fe de la demandante y la denominada incumplimiento al deber probatorio.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 21 de junio de 2022 absolvió a la demandada de las pretensiones formuladas en su contra, condenando en costas a la parte demandante.

Para arribar a dicha conclusión, la falladora de instancia manifestó en primer lugar que no existió controversia en lo que atañe al contrato de trabajo que unió a las partes por el periodo comprendido entre el 16 de julio y el 26 de junio de 2018, en virtud del cual el demandante desempeñó como último cargo el de Profesional HSEQ.

Que en lo que respecta a la estabilidad laboral reforzada, al tenor de lo adoctrinado por la Corte Constitucional, no es necesario que el demandante acredite una calificación de discapacidad grave, severa o profunda al momento de la terminación del contrato de trabajo, como quiera que al trabajador únicamente le corresponde demostrar que al momento del finiquito se encontraba en un estado de salud que le impedía el cabal desempeño de sus funciones para que así opere la referida estabilidad y, por ende, le atañe al empleador acreditar las justas causas alegadas para dar por terminado el vínculo.

Que bajo ese escenario, el demandante confesó en su interrogatorio de parte que para la finalización del vínculo contractual no se encontraba incapacitado, como tampoco recuerda cuando fue la última incapacidad que le fue otorgada, ni mucho menos que se le hubiese calificado una pérdida de capacidad laboral; circunstancia por la cual, la *a-quo* concluyó que el actor al momento del retiro de la empresa no gozaba de estabilidad laboral reforzada, pues si bien fue reintegrado con ocasión del fallo de tutela proferido por el Juzgado Cuarenta y Nueve Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá el 25 de agosto de 2015, lo cierto es que entre esa fecha y la terminación del contrato que lo fue el 26 de junio de 2018, no se probó que continuara en tal condición, carga que le correspondía demostrar al tenor de lo preceptuado en el artículo 167 del C.G.P.

Seguidamente, adujo que en lo que respecta a la terminación del contrato de trabajo, milita copia de la transacción celebrada entre las partes el 26 de junio de 2018 a través de la cual acordaron por mutuo acuerdo finiquitar el vínculo contractual, documental que no fue refutada de falsa, y si bien el actor refirió en el interrogatorio de parte que suscribió la transacción de manera coaccionada, lo cierto es que dentro del plenario no existe prueba de tal circunstancia, aunado a que en el proceso no se discute la nulidad de la transacción por vicios en el consentimiento toda vez que sobre esto nada se

mencionó al respecto en el cuerpo demandatorio, por lo que negó las súplicas perseguidas por el extremo demandante.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Como ya se hizo referencia, el presente proceso se estudia en el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante señor WILLIAM CONTRERAS HERRERA de conformidad con lo preceptuado en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., por cuanto la sentencia de primera instancia fue adversa a sus pretensiones y no se impetró recurso de alzada.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes en la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá auscultar como problema jurídico principal si el demandante gozaba de estabilidad laboral reforzada a la fecha de terminación del contrato de trabajo, ello con la finalidad de que se efectúe su reintegro a un cargo igual o de mejores condiciones al que arguye venía desempeñando.

En caso afirmativo lo anterior y, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante, la Sala entrará a determinar la procedencia del pago de las pretensiones de carácter condenatorio.

c. Del caso en concreto:

Previo a analizar el *sub-examine*, sea lo primero indicar que no fue objeto de discusión que entre el aquí demandante señor WILLIAM CONTRERAS HERRERA y la encartada FRONTERA ENERGY COLOMBIA CORP SUCURSAL COLOMBIA existió un contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 16 de julio de 2009 y el 26 de junio de 2018, en virtud del cual el último cargo desempeñado por el actor fue el de Profesional HSEQ, vínculo laboral que en inicio fue a término fijo y posteriormente a término indefinido, según el otrosí No. 5 celebrado el 23 de abril de 2013; prueba de ello lo es la copia del contrato de trabajo, otrosí No. 5 y la certificación laboral expedida por la encartada el 26 de junio de 2018 (Fls. 13 – PDF 01 – ESCRITO DE DEMANDA, 90 a 94, 98 – PDF 07 – CONTESTACIÓN DE DEMANDA).

Tampoco el hecho que el Juzgado Cuarenta y Nueve Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá dentro de la acción constitucional de tutela 2015-00150 y en sede de impugnación, profirió sentencia el 25 de agosto de 2015 en la que amparó el derecho fundamental del demandante a la estabilidad laboral reforzada, ordenando su respectivo reintegro, junto con el pago de salarios y aportes al sistema de seguridad social dejados de percibir (Fls. 52 a 59 – PDF PDF 01 – ESCRITO DE DEMANDA).

Mucho menos que el contrato de trabajo celebrado y que como ya se manifestó, tuvo su finiquito el día 26 de junio de 2018, culminó con ocasión de un mutuo acuerdo transaccional entre las partes, a través del cual al demandante se le canceló la suma de $73.332.566 a razón de cualquier concepto adeudado (Fls. 60 a 61 – PDF 01 – ESCRITO DE DEMANDA, 28 a 30 – PDF 07 – CONTESTACIÓN DE DEMANDA).

Ahora bien, en torno al problema jurídico planteado, advierte la Sala que según lo expuesto por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL882-2022, Radicación No. 88057 de 22 de marzo de 2022, la garantía establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, debe ser entendida en forma sistemática, en tanto su fin es proteger la estabilidad laboral frente a

comportamientos discriminatorios del empleador, fundados en deficiencias físicas, sensoriales o mentales, así:

> *"[…] la Sala debe recordar la tesis sostenida por esta corporación en torno a la protección legal y constitucional de dichas personas, conforme al artículo 26 de la Ley 361 de 1997.*
>
> *"La Corte ha sostenido que el origen de la protección especial que se depara a las personas en situación de discapacidad se encuentra en el artículo 13 de la Constitución Política. Esta norma superior, tras declarar que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, precisa que el Estado «promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados» y que, en función de ello, «protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan» (CSJ SL4412-2021).*
>
> *"Sobre ese sustrato constitucional, esta corporación le ha dado un entendimiento al artículo 26 de la Ley 361 de 1997. Así, en repetidas oportunidades, entre otras, en las sentencias CSJ SL6850-2016; CSJ SL11411-2017, CSJ SL3772-2018, CSJ SL711-2021 y CSJ SL582-2022, la Corte ha orientado que la protección de la estabilidad laboral reforzada por condiciones de salud constituye un límite especial a la libertad de despido unilateral con que cuentan los empleadores. Su fundamento abarca, además de la norma constitucional ya indicada, otras del mismo orden que propenden por la conservación del empleo y por la prohibición de la discriminación en razón de la existencia de cualquier limitación física o sensorial.*
>
> *"En efecto, en la última providencia indicada, la Sala recordó el análisis de las normas que regulan el denominado principio de estabilidad laboral reforzada de las personas en situación de discapacidad, señalando que el mismo tiene por venero:*
>
> *"[…] diversos artículos [de la norma superior]. Por ejemplo, el 13, en tanto prevé que el Estado debe promover las condiciones para que el mandato de igualdad sea real y efectivo, particularmente tratándose de aquellas personas que por razones económicas, físicas o mentales se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta; el 47 y 54, que establecen el deber de crear e implementar una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, así como de ofrecer formación profesional y técnica a quienes lo requieran, y garantizar a las personas en situación de discapacidad el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud; el mismo artículo 53 sobre el estatuto del trabajo, el cual, dentro de sus principios debe incluir igualdad*

de oportunidades para los trabajadores, estabilidad en el empleo, primacía de la realidad sobre las formalidades, garantía a la seguridad social, capacitación; el 95, que dispone el deber de solidaridad con dichas personas, y por último, el artículo 366, que establece, el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado, haciendo énfasis en que la educación de las personas con limitaciones físicas o mentales, o con capacidades excepcionales, son obligaciones especiales del Estado.

"Y añadió, que tales preceptos, además,

"[…] se articulan con normas de carácter internacional que hacen parte del bloque de constitucionalidad, tales como: la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948; la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (aprobado por la Ley 762 de 2002); el Convenio 159 de la OIT sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas (incorporado mediante la Ley 82 de 1988), y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (aprobado por la Ley 1346 de 2009).

"Los cuales han tenido un desarrollo legal, debido a los compromisos internacionales del Estado Colombiano, entre los que se encuentran, con trascendencia para la definición de legalidad del fallo impugnado, los siguientes:

"[…] Ley 82 de 1988 "Por medio de la cual se aprueba el Convenio 159 sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas, adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en su 69a. reunión, Ginebra, 1983"; […]; Ley 361 de 1997 "Por la cual se establecen mecanismos de integración social de la personas con limitación y se dictan otras disposiciones."; Ley 762 de 2002 "Por medio de la cual se aprueba la "Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad", suscrita en la ciudad de Guatemala, Guatemala, el siete (7) de junio de mil novecientos noventa y nueve (1999)"; […]; Ley 1287 de 2009 "Por la cual se adiciona la Ley 361 de 1997."; Ley 1346 de 2009 "por medio de la cual se aprueba la "Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad", adoptada por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006."; y la ley estatutaria 1618 de 2013 "por medio de la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad".

"En ese contexto, en relación con la garantía del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, la Sala tiene adoctrinado que su lectura debe ser sistemática, en tanto acuda a las demás fuentes jurídicas de protección a la discapacidad y, sobre todo, con su finalidad y los bienes jurídicos que busca proteger,

que no son otros que la no discriminación en el empleo o, en otras palabras, la salvaguarda de la estabilidad laboral frente a comportamientos discriminatorios del empleador, fundados en deficiencias físicas, sensoriales o mentales (CSJ SL1360-2018).

"De ahí que se haya señalado en el fallo CSJ SL3723-2020, que esta prerrogativa tiene por principal propósito «brindar protección contra la discriminación en el trabajo, esto es, de recibir un trato diferente o excluyente por un motivo ilegítimo (entendida esta como lo prevé el C111 de la OIT y los artículos 7 al 14 de la R169 que es complementaria o reglamentaria del C159)», lo que, a su vez, se traduce en «la materialización de la readaptación profesional y en el empleo de las personas con una discapacidad relevante en el trabajo, cuyo fundamento específico internacional, para el mundo del trabajo, se encuentra en el C159 y las recomendaciones 99 y 168 de la OIT». Por ello, en perspectiva de la jurisprudencia constitucional (CC C531-2000) y laboral:

"[…] carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación sin que exista autorización previa de la oficina de Trabajo que constate la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato. [Subraya añadida por la Sala]

"En ese marco conceptual, resulta importante determinar quiénes son beneficiarios de la estabilidad laboral reforzada, pues, como se ha explicado, por ejemplo, en la providencia CSJ SL5700-2021, «no toda afección de salud es merecedora de la protección foral», lo que significa que no está determinada por la existencia de una patología o una incapacidad médica, sino por «una situación objetiva, concretada en un grado de limitación relevante», que garantice su finalidad y el efecto jurídico que busca proteger, esto es, se resalta, la no discriminación en el empleo."

Adicionalmente, la Alta Corporación señaló en sentencia SL1916-2022, Radicación No. 86378 de 1º de junio de 2022:

"[…] ***Discapacidad vs. Incapacidad: situación objetiva para la protección en materia laboral***

"Esta Sala ha dejado claro que, en lo que respecta a la protección de estabilidad laboral reforzada por razones de salud, se regula por el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 (CSJ SL058-2021) y también que, no es cualquier situación que se padezca la que activa la garantía foral en el ámbito laboral, por ello ha:

"[…] adoctrinado que para la concesión de la protección de estabilidad laboral reforzada en comento no es suficiente que al momento del despido el trabajador sufriera quebrantos de salud, estuviera en tratamiento médico o se le hubieran concedido incapacidades médicas, sino que debe acreditarse que al menos tuviera una limitación física, psíquica o sensorial con el carácter de moderada, esto es, que implique un porcentaje de pérdida de capacidad laboral igual o superior al 15% (CSJ SL, 28 ago. 2012, rad. 39207, reiterada en las decisiones CSJ SL14134-2015, SL10538-2016, SL5163-2017, SL11411-2017 y SL4609-2020).

"En adición al argumento también se ha puesto de presente que, en principio, tales afectaciones son atendidas por el sistema de salud bajo las incapacidades temporales, que precisamente buscan su restablecimiento; no obstante, esta figura no comporta per se una situación que genere el amparo, pues como se tiene sentado por esta sala, ***que no toda afección de salud es merecedora de la protección foral****,* ***solo aquella relevante****; esto, bajo el convencimiento de la importancia de no desdibujar la finalidad de la garantía instituida por el legislador.*

"Frente a este punto valga memorar la sentencia CSJ SL3723-2020, en la que se explicó:

"En la sentencia CSJ SL12998-2017 y, más recientemente en la SL2841-2020, se recalcó en qué consiste la protección a la estabilidad y cuál es su justificación, para que no se desdibuje el propósito de la norma en comento al ser aplicada, cual es la no discriminación en el empleo de quien puede prestar el servicio a pesar su condición de discapacidad relevante y garantizar la adaptación y readaptación laboral de la persona, y no se desvíe su uso a fines distintos a los previstos en ella, como sucede cuando, a través de una interpretación sin rigor jurídico, se generaliza el campo de aplicación de la regla de estabilidad laboral como medio para satisfacer necesidades de protección propias de la seguridad social, cuya garantía ha de hacerse a través de otros mecanismos que sí sean idóneos, necesarios y proporcionados para ese fin, y que desarrollen los principios de la seguridad social como son la universalidad, la eficiencia, la progresividad, la solidaridad y sostenibilidad financiera, entre otros.

"En línea con lo discurrido, se reitera que debe existir una situación objetiva que se concreta en una ***condición de discapacidad relevante****, que sitúe al trabajador en riesgo de discriminación a pesar de que puede prestar personalmente el servicio.*

Se tiene entonces que en el transcurrir del trámite procesal se recepcionó el interrogatorio de parte del Representante Legal de la encartada, quien manifestó que para la fecha de la finalización de la relación laboral con el

demandante, esto es, el 26 de junio de 2018, la empresa no solicitó permiso alguno al Ministerio del Trabajo para el finiquito ya que lo que se presentó fue un acuerdo de transacción consensuado mutuamente.

Que para la terminación del contrato al demandante no se le realizó examen alguno por cuanto la finalización se dio con ocasión de un acuerdo mutuo.

Por su parte, el demandante adujo en el interrogatorio de parte rendido que para el 26 de junio de 2018 no tenía ninguna incapacidad médica vigente, sin que tampoco tuviese un porcentaje de pérdida de capacidad laboral.

Aseveró que cuando suscribió la transacción se presentó una coacción la cual no se encuentra demostrada documentalmente, indicando a renglón seguido que la terminación del contrato de trabajo la firmó de manera voluntaria, así como que a razón de dicho acuerdo transaccional la empresa le solucionó la suma de $73.332.566.

Así las cosas, en atención del precedente jurisprudencial emanado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la Sala de entrada advierte que dentro del asunto de marras no se configuran los presupuestos necesarios que conlleven a determinar la configuración de la estabilidad deprecada por el actor en los términos del artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Lo anterior, por cuanto, dentro del plenario además de la prueba atinente a la sentencia de tutela que para el año 2015 ordenó un amparo de reintegro al demandante, no milita prueba alguna que advierta que para el momento de la finalización del contrato de trabajo, que se reitera, sucedió el 26 de junio de 2018, el demandante tuviese alguna afectación o mengua en su salud que en los términos de la Corte pudiera considerarse como una condición de discapacidad relevante; por el contrario, como lo señaló el mismo demandante en el interrogatorio de parte surtido, claro fue en indicar que cuando sucedió el finiquito ni siquiera se encontraba incapacitado o en estado alguno de

indefensión, ni mucho menos que tuviese calificada pérdida de capacidad laboral.

Ahora, también vale la pena que la Sala ponga de presente que el hecho de que para el año 2015 el demandante vía constitucional fue reintegrado ante el amparo del derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada, tales supuestos de una parte no pueden entenderse como una prolongación indefinida en el tiempo, máxime si en el asunto de marras no existe prueba de alguna prolongación de la presunta deficiencia en su estado de salud y, de otra, atendiendo los postulados dispuestos en el artículo 61 del C.P.T. y de la S.S., dicha decisión de tutela ante la libre apreciación y convencimiento de la prueba no soporta prueba certera que advierta una discapacidad relevante para la fecha de la terminación del contrato.

Por último, pone de presente la Sala que como lo determinó la operadora de instancia, el acuerdo de transacción suscrito entre las partes presume que para el momento del finiquito del contrato de trabajo, demuestra que la relación finalizó de mutuo acuerdo, pues a pesar de que el actor expuso en su interrogatorio de parte que su suscripción obedeció a una coacción, de sus dichos no yace prueba que demuestre tal situación, tópico que afirma aún más la carencia probatoria de una discapacidad relevante para con el demandante; circunstancia por la cual, la decisión de primer grado habrá de confirmarse.

SIN COSTAS en esta instancia por cuanto el proceso se estudia en el grado jurisdiccional de consulta.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ,** administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **15 2021 00473 01**
Demandante:	CARMEN OLIMPIA ACUÑA REY
Demandado:	COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante y la encartada COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 22 de junio de 2022 por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá.

De igual manera, el presente proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora CARMEN OLIMPIA ACUÑA REY promovió demanda ordinaria en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A. a fin que se declare que ninguna de las encartadas le brindó de forma clara la información sobre las ventajas o desventajas existentes frente al cambio de régimen, por lo que se afilió a la AFP HORIZONE hoy PORVENIR S.A. con afirmaciones equivocadas de mejores beneficios que ofrecía el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad sin que

fuera cierto, de ahí que debe igualmente declararse que continúa afiliada en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.

Asimismo, se declare que PORVENIR S.A. no brindó asesoría ni información necesaria y suficiente como lo dispone la Ley con ocasión al traslado de régimen pensional, sin que el formulario de afiliación fuese suficiente.

Por consiguiente, se condene a PORVENIR S.A. a anular o declarar ineficaz la afiliación efectuada en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por lo que debe trasladar con destino a COLPENSIONES la totalidad de los aportes que se encuentren a su disposición, junto con los rendimientos, bonos pensionales y cualquier otra suma generada hasta la fecha en que se haga efectivo el traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Igualmente, se le condene a COLPENSIONES adelante el trámite correspondiente para la activación de su afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida más lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que nació el 10 de marzo de 1960, iniciando su vida laboral en el año 1982, por lo que en el año de 1996 inició a efectuar aportes pensionales al extinto ISS cuando laboraba al servicio del Municipio de Villavicencio.

Que en el año 1998 fue abordada por asesores de la antigua AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., quienes le ofrecieron una gran cantidad de beneficios por afiliarse al fondo privado, así como que en dicho fondo estarían más seguros sus contingencias pensionales por cuanto el ISS se extinguiría, por lo que procedió a suscribir el formulario de afiliación, pero sin que realmente se le hubiese informado de manera detallada cómo podría acceder a los beneficios de un fondo privado.

Que no fue informado sobre las ventajas y desventajas en el cambio de régimen pensional, sin recibir una asesoría clara y precisa de las condiciones que tendría su traslado, en especial sobre las diferentes modalidades pensionales, entre otras situaciones de desinformación.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición de las pretensiones formuladas en su contra. Argumentó que la afiliación realizada por la demandante en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en nada versa sobre circunstancias que como entidad le atañe pues la suscripción de dicha afiliación se llevó a cabo a través de un tercero, aunado a que, es a la accionante a quien le corresponde probar en debida forma que efectivamente se presentó alguno de los vicios del consentimiento de que trata el artículo 1508 del Código Civil.

Propuso las excepciones de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y declaratoria de otras excepciones.

PORVENIR S.A. por su parte adujo que la afiliación realizada por la demandante ante sus dependencias se llevó a cabo como consecuencia de una asesoría pertinente, clara y oportuna, para que así la actora suscribiera el formulario de afiliación de manera libre, voluntaria e informada, razón por la cual el traslado y la posterior vinculación se consideran válidos dentro de los términos establecidos de que trata el artículo 60 de la Ley 100 de 1993, donde se especifican las características del régimen.

Formuló como medios exceptivos los denominados prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 22 de junio de 2022, resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR INEFICAZ** la afiliación o el traslado efectuado por la señora demandante **CARMEN OLIMPIA ACUÑA REY** del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual el 7 de julio de 1998 a través de la AFP HORIZONTE hoy representada por PORVENIR S.A., y como consecuencia de lo anterior **ORDENAR** a PORVENIR S.A., traslade los recursos y sumas que obran en la cuenta de ahorro individual de la señora demandante, correspondiente a aportes, rendimientos y bono pensional a la administradora del Régimen de Prima Media COLPENSIONES, a esta que reciba dichos recursos, reactive la afiliación de la señora demandante y los acredite como semanas efectivamente cotizadas al Régimen de Prima Media, teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiera trasladado al Régimen de Ahorro Individual, consecuencia natural de esta ineficacia de este traslado, conforme se expuso en la parte motiva.*
>
> ***SEGUNDO: NO CONDENAR EN COSTAS** ni a favor ni en contra de ninguna de las partes, conforme se expuso en la parte motiva.*
>
> ***TERCERO:** Sila presente providencia no fuere impugnada y dada la naturaleza jurídica de COLPENSIONES, se remitirán las diligencias al superior para que las revise en el grado jurisdiccional de consulta."*

Para arribar a dicha conclusión, indicó que conforme lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, desde el año 2014 el asunto como el presente debe analizarse a la luz de la ineficacia del traslado y no de nulidad.

Asimismo, indicó que atendiendo los postulados jurisprudenciales, le atañe a las AFP demostrar que al momento de la suscripción del formulario de la afiliación, hubiese suministrado una asesoría sobre las ventajas y desventajas entre cada uno de los regímenes pensionales, situación que no logró ser probada por PORVENIR S.A. al tenor de lo consagrado en el artículo 167 del C.G.P., pues el simple formulario de afiliación no suple dicha situación.

Absolvió por concepto de gastos de administración pues en su sentir los mismos no son objeto de devolución, toda vez que en la medida que tienen su razón de ser tanto en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida como en el

Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad de financiar la logística personal y demás aspectos necesarios para efectuar la administración de dichos recursos, máxime si la misma Ley 100 de 1993 facultaba lo respectivo.

Que tampoco es procedente el pago de las pólizas de seguro o seguro previsional, ya que se tratan de unos recursos destinados a unos terceros cuya finalidad es proteger a los afiliados, recursos que son recibidos por una aseguradora o tercero de buena fe.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión la parte demandante la apeló. Manifestó en su alzada que debe proceder el pago de las costas procesales, ya que es notoria la omisión por parte de PORVENIR S.A. para que pudiera retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, lo que conllevó a que se tuviese que contratar una profesional del derecho a efectos de presentar esta demanda, de ahí que sea procedente la condena en costas.

Por su parte COLPENSIONES encontró inconformidad en la falta del traslado de la totalidad de la cotización de la demandante, ya que de conformidad con lo establecido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha indicado que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada de la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto de traslado, por lo que debe ser trasladado con destino del Régimen de Prima Media con Prestación Definida la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros y demás emolumentos, incluidos los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades. Ello por cuanto ante el nacimiento del acto ineficaz esos recursos deben ingresan íntegros en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la ley 2213 del 13 de junio de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia el accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras,

en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *"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".

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *"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 en 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. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto",* criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

> *"[…] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante".*

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

> *"Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que 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 ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario que suscribiera la demandante con la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. de fecha 7 de julio 1998 (Fl. 48 PDF 01 – ESCRITO DE DEMANDA y Fl. 100 PDF 12 – ESCRITO CONTESTACIÓN PORVENIR S.A.), en el cual se refiere que la decisión es libre y voluntaria, no obstante, la Corte Suprema de Justicia ha sido reiterativa en indicar que no es prueba suficiente para afirmar que se le suministró al afiliado la información oportuna y veraz; así lo establece en la sentencia de tutela anteriormente citada: *"desde la sentencia CSJ SL, 09 Sep 2008, rad. 31989, la sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como <<la afiliación se hace libre y voluntaria>>, <<se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones>> u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado.*

De otro lado, en el interrogatorio de parte a la demandante tampoco se colige que haya confesado haber sido correctamente informada; por el contrario, lo que expresó fue que se le afilió por parte de un asesor del entonces HORIZONTE con ocasión de una reunión que se llevó a cabo de manera grupal, en la que lo único

que se le informó era que el ISS se extinguiría, y que por ende se podría pensionar a una temprana edad a diferencia del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, situaciones que en nada advierte sobre una asesoría con el detalle conjunto sobre las diferencias entre uno y otro régimen pensional, como tampoco las ventajas y desventajas de los mismos.

Ahora bien, tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *"la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:*

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información**	**Contenido mínimo y alcance del deber de información**
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda

		emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa No. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado a la actora para el año 1998, una *"Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*".

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón al fallador de instancia, dado que la AFP no acreditó el cumplimiento del deber de información para el momento del traslado.

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

> *"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*
>
> *"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los*

cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

"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".

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión. Por lo tanto, se adicionará la sentencia en este sentido y se ordenará a PORVENIR S.A. a devolver los gastos de administración que haya percibido con ocasión de la afiliación de la demandante.

Respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera, debe indicarse que, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha señalado sobre el particular:

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

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

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

En igual sentir, en sentencia SL 1440 del 2021, se estipuló y dejo sentada la línea jurisprudencial de la siguiente manera:

"Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que Porvenir S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a Colpensiones, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.

"Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a Colpensiones los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta de su ahorro, deducción autorizada por el

artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

"En esa línea, esta Sala de casación ha insistido en el traslado de los gastos de administración como efecto de la ineficacia, así se señaló en la sentencia CSJ SL 2877-2020:

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

"Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.

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

"En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será

aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional."

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas del accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *"la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible […] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción".*

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se predica de la pretensión consecuencial de la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

"Por tal razón, se impondrá la devolución a Colpensiones de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP Porvenir S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada Porvenir S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por Colpensiones (CSJ SL2877-2020).

"De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de Porvenir S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.

Así las cosas, se adicionará la orden emitida en primera instancia, recogiendo cualquier criterio expuesto con anterioridad sobre el particular.

Además, atendiendo el recurso interpuesto por la parte demandante en lo referente a la imposición de costas procesales de primer grado respecto de PORVENIR S.A., la Sala puede concluir que hay lugar a su imposición, en tanto, claro es el artículo 365 del C.G.P. en exponer que proceden sobre la parte vencida en juicio, más aún si queda claro que como administradora pensional no demostró la debida información que regulan los postulados jurisprudenciales.

SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron**.**

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA 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: ADICIONAR y MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, que quedarán así:

SEGUNDO: DEJAR SIN EFECTOS la afiliación efectuada y en consecuencia **CONDENAR** a PORVENIR S.A., a que transfiera todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto a las sumas correspondientes a razón de rendimientos y comisiones por administración indexados a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES). La citada AFP también deberá devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: REVOCAR el numeral segundo de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia, para en su lugar CONDENAR al pago de costas procesales de primera instancia a POVERNIR S.A.

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

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN **CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR**
Magistrado **Magistrado**

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

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **20 2020 00354 01**
Demandante:	NERCY YABET AGUIRRE PARADA
Demandados:	COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES, a la abogada KAREN SILVANA MENDIVELSO CUELLAR, identificada con cédula de ciudadanía 1.010.201.041 y T.P. 267.784 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 7 de julio de 2022 por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá.

De igual manera, el presente proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora NERCY YABET AGUIRRE PARADA promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., con la finalidad que se

declare la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, al través del fondo de pensiones PORVENIR S.A. el 1º de septiembre de 2005.

En consecuencia, se ordene su regreso automático al régimen de prima media con prestación definida; se ordene a PORVENIR S.A. traslade de inmediato a COLPENSIONES los aportes efectuados a ese fondo debidamente indexados. Adicionalmente, se ordene a PORVENIR le pague directamente los rendimientos que generaron sus aportes, dada su incompatibilidad con el régimen de prima media, rubros que igualmente deben ser indexados; además, se ordene a COLPENSIONES acepte su traslado. Finalmente, solicita se condene a lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*, más las costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus aspiraciones, refirió que nació el 9 de noviembre de 1963, y que efectuó cotizaciones desde 1982 al INTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, a través de sus diversos empleadores, en donde se mantuvo hasta el 1º de septiembre de 2005. De otro lado, refirió que fue abordada por una asesora de PORVENIR S.A., la cual la persuadió a trasladarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin suministrar información clara, precisa, adecuada, suficiente, veraz y oportuna sobre las ventajas y desventajas del traslado, además le dijo que se podía pensionar más joven y que el I.S.S. se acabaría ya que los entes públicos eran inestables, por lo que era importante que se cambiara a ese fondo el cual era sólido económicamente y su mesada pensional sería mucho más alta allí y el dinero ahorrado estaría más seguro.

Igualmente, expuso que no se le realizó ninguna proyección de lo que sería su mesada en ambos regímenes, tampoco se le informó sobre la posibilidad de retracto, suscribiendo así el formulario de afiliación a PORVENIR S.A. en donde se encuentra cotizando, alcanzando un total de 993 semanas. De ese modo, el fondo privado falto a su deber de información, de lo cual se dio cuenta cuando se dirigió a las oficinas de este se le informó lo relativo a su escenario pensional, viéndose afectado su patrimonio. Por último, refirió que solicitó a

COLPENSIONES el traslado de régimen, el cual fue denegado mediante comunicación de 13 de abril de 2020.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en el libelo genitor, aduciendo que no obra prueba alguna que permita colegir que en efecto la demandante fue inducida en error por parte de la AFP, o que se está en presencia de algún vicio del consentimiento, por el contrario, los documentos que obran en el informativo se encuentran ajustados a derecho. Igualmente, no cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, por lo que no procedería el traslado de régimen pensional de conformidad con el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del C.C., 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 casual de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia del pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica. (Archivo 08).

Por su parte, PORVENIR S.A. se opuso a todas pretensiones de la demanda, argumentado que la vinculación de la actora a ese fondo en el año 2005, fue voluntario, libre e informado después de haber sido ampliamente asesorada sobre las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento del RAIS y de indicarle sus condiciones pensionales, lo que se puede apreciar en la solicitud de vinculación; igualmente, expuso que la gestora se encuentra inmersa en la prohibición establecida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1992, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003.

Formuló como excepciones de mérito las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y la genérica (Fls. 1 a 35 - Archivo 11).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 7 de julio de 2022, resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado de Régimen pensional de Prima Media con Prestación definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado por la señora NERCY YABET AGUIRRE PARADA, el día 21 DE JULIO DE 2005, al FONDO PENSIONAL PORVENIR S.A., conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.*
>
> *SEGUNDO: DECLARAR como aseguradora de la demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a COLPENSIONES.*
>
> *TERCERO: ORDENAR a la administradora de fondos de pensiones PORVENIR S.A., devolver los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones obligatorias a pensiones de la afiliada NERCY YABET AGUIRRE PARADA, junto con los rendimientos financieros causados, con destino a COLPENSIONES y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor.*
>
> *CUARTO: CONDENAR en costas a las demandadas COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A., a favor de la parte actora. Tásense por Secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a TRES (3) Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes, pagaderos a cuota parte.*
>
> *QUINTO: ABSOLVER a todas las demandadas de las demás pretensiones de la demanda incoadas en su contra."*

Para arribar a dicha conclusión, el operador de instancia estimó que, según la línea jurisprudencial trazada por la Salade Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, cuando no hay un traslado de régimen informado, lo que procede es su ineficacia, ello en consonancia con lo establecido en los artículos 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, frente a lo cual la Corte Suprema de Justicia, precisó que es a la AFP PORVENIR S.A. al tenor del artículo 167 del C.G.P., a quien le corresponde probar el haber suministrado a la demandante una debida información, situación que no logró probar dentro del plenario.

En cuanto a los gastos de administración, incluido el seguro previsional, el *a-quo* refirió que dichos conceptos no deben ser objeto de retorno, por cuanto están establecidos para ambos regímenes pensionales, se causan en las fechas

de afiliación de cada trabajador o trabajadora a uno u otro fondo, y el seguro previsional protegió a la afiliada contra los riesgos de invalidez y muerte.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión, la demandada COLPENSIONES la apeló, solicitando se revoque en su integridad la sentencia de primer grado, indicando que la orden de traslado vulnera una prohibición legal, ya que se encuentra a menos de 10 años para llegar a la edad de pensión y no le es posible trasladarse de régimen. Además, es un deber de cualquier persona que realice un acto jurídico verificar las condiciones y la información del mismo, como lo indica el Código Civil, también se debe tener en cuenta que la demandante de manera libre ha permanecido por varios años en el RAIS, ratificando así su voluntad de mantenerse en ese régimen, saneando cualquier vicio que se pudiese haber presentado, y el traslado de régimen se hizo con el lleno de requisitos legales que exigía la ley para el momento del traslado, siendo la motivación de la pretensión de ineficacia una de tipo económico.

En cuanto a la condena en costas a esa demandada, solicita que en caso de confirmar la sentencia no se le condene debido a que los dineros que maneja solo pueden ser utilizados para el pago de mesadas pensionales, y además no tuvo ninguna injerencia en el traslado de régimen de la promotora, por lo que tal condena seria injustificada. Adicionalmente pide que, en caso de confirmarse la sentencia de primera instancia, se condene al pago de gastos de administración y seguro provisional al fondo privado, pues su absolución no es viable en tanto se causaron.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional que realizó la demandante.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las

condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *"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".*

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *"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 en 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. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto", criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

> *"[…] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante".*

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

> *"Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que 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 ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, o si se trasladó de manera horizontal, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que efectuó la actora el 21 de julio de 2005, con la PORVENIR S.A. (Fl. 110 archivo 11), efectiva a partir del 1º de septiembre de esa misma anualidad como se aprecia de la certificación del SIAFP (Fls. 108 a 109 - archivo 11), formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *"Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado".*

Por otra parte, la actora en el interrogatorio de parte que depuso señaló que estando al servicio del SENADO en el año 2005, un asesor de PORVENIR le indicó se podía afiliar a ese fondo el cual le ofrecía mejores opciones y que el Instituto de Seguros Sociales seria liquidado y sus semanas serian difíciles de recuperar y que al contrario en ese fondo se podría pensionar bien. De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna sobre el pleno suministro de una debida información, luego, al ser el formulario de afiliación la única prueba relevante que advierta una información de PORVENIR S.A. al momento del traslado de la demandante según lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, luce evidente la carencia probatoria de esa encartada para soportar la inversión de la carga de la prueba que le asiste, lo cual por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

Ahora bien, tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *"la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido*

refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información**	**Contenido mínimo y alcance del deber de información**
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa No. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado al actor para el año 2005, una *"Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*".

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón al fallador de instancia al declarar la ineficacia del traslado, dado que la AFP no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen.

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración, aspecto objeto de inconformidad de la demandada COLPENSIONES en su disenso, se memora que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló al respecto:

> *"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."*

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

> *"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 COLFONDOSS.A. Deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales".*

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión, luego, acorde

con tales consideraciones resultan prósperos los argumentos esbozados por COLPENSIONES, *contrario sensu* a lo determinado por el juez de instancia.

Respecto a una posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera, debe indicarse que, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha señalado sobre el particular:

> *"Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».*
>
> *"Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por COLPENSIONES, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.*
>
> *"Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»".*

En igual sentir, en sentencia SL 1440 del 2021, se estipuló y dejo sentada la línea jurisprudencial de la siguiente manera:

"Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que PORVENIR S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a COLPENSIONES, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.

"Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

"En esa línea, esta Sala de casación ha insistido en el traslado de los gastos de administración como efecto de la ineficacia, así se señaló en la sentencia CSJ SL 2877-2020:

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

"Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.

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

"En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a COLPENSIONES de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional."

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiara, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas del accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *"la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible […] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción".*

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se

predica de la pretensión consecuencial de la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.

En lo atinente a la inconformidad que presenta COLPENSIONES respecto a la condena en costas de segunda instancia, debe indicarse que el numeral 3º del artículo 365 del C.G.P., aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., autoriza la imposición de estas al recurrente, sin que sea necesario entrar a analizar el actuar de la entidad, según se expuso en sentencia SL2461-2021, Radicación No. 82211 del 8 de junio de 2021. Adicionalmente, cualquier inconformidad frente a la liquidación y el monto, podrá ser controvertido en el momento procesal oportuno, conforme lo normado en el artículo 366 del C.G.P.

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

> *"Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada PORVENIR S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020).*
>
> *"De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de PORVENIR S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.*

Así las cosas, se adicionará y modificará la orden emitida en primera instancia, recogiendo cualquier criterio expuesto con anterioridad sobre el particular.
SIN COSTAS en esta instancia.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA 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: ADICIONAR Y MODIFICAR los numerales primero y tercero de la sentencia proferida el 7 de julio de 2022 por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, a fin de disponer:

SEGUNDO: DEJAR SIN EFECTOS la afiliación efectuada y en consecuencia **CONDENAR** a la demandada PORVENIR S.A., a que transfiera todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto a las sumas correspondientes a rendimientos y comisiones por administración indexados a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES). La citada AFP también deberá devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN **CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR**
Magistrado **Magistrado**

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

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **24 2020 00270 01**
Demandante:	GLORIA ELENA BALLÉN MURCIA
Demandado:	PELUQUERÍA ESTRELLAS D.C. S.A.S.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 28 de febrero de 2022 por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora GLORIA ELENA BALLÉN MURCIA promovió demanda ordinaria laboral en contra de la sociedad PELUQUERÍA ESTRELLAS D.C. S.A.S. a fin que se declare la existencia de un contrato de trabajo, el cual finalizó sin justa causa atribuible a la encartada.

Por consiguiente, debe condenarse a la sociedad PELUQUERÍA ESTRELLAS D.C. S.A.S. al reconocimiento y pago de cesantías, vacaciones, prima de servicios, sanción por despido sin justa causa, aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, e indemnización por el no pago oportuno de salarios y prestaciones sociales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, sostuvo que se desempeñó como Estilista al servicio de la encartada desde el 21 de enero de 1998 hasta el 23 de abril de 2019, de manera ininterrumpida.

Que por tal razón a partir del 23 de abril de 2019 suscribió con la demandada un contrato de prestación de servicios por el espacio a utilizar, por lo que se le cobraba el 60% sobre cada servicio prestado y con ocasión de cada cliente que atendiera.

Expuso que para el año 2014 la señora ALCIRA ELIZABETH CONTRERAS HERNÁNDEZ subrogó como Representante Legal de la sociedad demandada al señor FREDDY OCTAVIO CASTELLANOS CONTRARAS, quien es hijo de aquella, además fue quien le impuso varias directrices durante la ejecución del contrato como el cumplimiento de horario de lunes a sábado entre las 9:00 a.m. y 3:00 p.m.

Que para el ejercicio de su actividad debía portar un uniforme conformado por tapabocas, guantes, pantalón y camisa, siendo la administración de la peluquería quien designaba los clientes a atender, dándole así prioridad a otros estilistas y dejando de lado a los antiguos. Relató que la sociedad accionada el día 23 de abril de 2019 terminó unilateralmente su contrato de trabajo por cuanto le solicitó al señor FREDDY OCTAVIO CASTELLANOS CONTRERAS el disfrute de vacaciones.

Por último, indicó que nunca se le afilió al Sistema Integral de Seguridad Social ni se le efectuó pago alguno por concepto de acreencias laborales.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La PELUQUERÍA ESTRELLAS D.C. S.A.S. contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contra, argumentando que con la demandante no existió un contrato de trabajo, sino una relación de tipo comercial con ocasión del contrato de arrendamiento de espacio físico, consiste en la cancelación de un 40% del dinero obtenido por los servicios que realizara.

Refirió que la prestación de los servicios de la actora bajo la égida del contrato de arrendamiento de espacio físico fue de manera ininterrumpida, pues su asistencia a las instalaciones se daba de forma esporádica, incluso habían semanas en las que nunca asistía, aunado a que en ninguna ocasión se le impartió orden alguna, pues la actividad de Estilista la desarrollaba la accionante de manera autónoma e independiente.

Formuló como medios exceptivos los denominados inexistencia de presupuestos fácticos y jurídicos que hagan procedente la declaración de un contrato realidad y/o relación laboral, inexistencia de subordinación jurídica, cobro de lo no debido, buena fe y genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 28 de febrero de 2022 absolvió a la demandada de las pretensiones formuladas en su contra, declarando probada la excepción de cobro de lo no debido.

Para arribar a dicha conclusión, la operadora de instancia manifestó que en relación con la existencia del contrato de trabajo y los elementos del mismo, según los preceptos de los artículos 22 y 24 del C.S.T., en concordancia con lo emanado de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y atendiendo el principio de la realidad sobre las formalidades establecida en el artículo 53 de la Constitución Política, debe auscultarse la configuración de los

elementos esenciales del contrato de trabajo del artículo 23 del Estatuto Laboral, por lo que le atañe a la parte demandante demostrar la prestación personal del servicio.

Así las cosas, el referido elemento de la prestación personal del servicio en efecto quedó probada toda vez que fue la misma demandada quien lo aceptó desde la contestación de la demanda, cuando afirmó que la demandante se desempeñó como estilista desde el 21 de enero de 1998 hasta el 23 de abril de 2019, aspecto que por demás se refuerza a través de las documentales allegadas al expediente como son las facturas de ventas, los contratos de arrendamiento de local comercial y las certificaciones emanadas por la pasiva, junto con lo indicado por el Representante Legal y la demandante en los interrogatorios de parte surtidos y lo afirmado por los testimonios.

Seguidamente, precisó que demostrado este elemento le atañe a la parte demandada desvirtuar los elementos propios de un contrato de trabajo, por lo que atendiendo el artículo 61 del C.S.T. el extremo accionado logró derruir la presunción del artículo 24 del C.S.T., toda vez que atendiendo los interrogatorios de parte y testimonios surtidos en el trámite, pudo advertirse que la demandante contaba con plena autonomía para atender a sus clientes en cualquier hora y no cumplía ningún tipo de jornada laboral, así como que la demandante debía comprar sus propias herramientas dentro de la peluquería, máxime si nunca presentó algún tipo de reclamación para el pago de sus prestaciones sociales.

Por tal razón, concluyó que en todo momento la demandante desempeñó sus servicios dentro de la peluquería de manera autónoma, sin que se presentara elemento subordinante por la encartada, aspectos todos por los que absolvió a la pasiva respecto de las súplicas formuladas en su contra.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandante la apeló. Argumentó su alzado bajo el entendido que se configuró el elemento subordinante propio de un verdadero contrato de trabajo teniendo en cuenta que los testigos adujeron que en repetidas ocasiones el señor FREDDY OCTAVIO CASTELLANOS CONTRERAS hacía llamados de atención y direccionaba las actividades a desarrollar.

Que además debe valorarse que los testigos de la parte demandada son personas que en la actualidad trabajan al servicio de la demandada, por lo que no se puede atender las declaraciones como veraces.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes en la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá auscultar como problema jurídico principal, si entre la demandante señora GLORIA ELENA BALLÉN MURCIA y la encartada PELUQUERÍA ESTRELLAS D.C. S.A.S. existió un verdadero contrato de trabajo al tenor de la primacía de la realidad sobre las formalidades.

En caso de prosperar el planteamiento principal, deberá adentrarse a analizar las pretensiones de carácter condenatorio perseguidas por la demandante, las cuales se encaminan a la consecuencia de la declaratoria del contrato de trabajo.

c. Del caso en concreto:

Para desatar la resolución del asunto *sub-examine,* advierte la Sala en primer lugar que no fue objeto de reproche que la aquí demandante en su calidad de arrendataria y la encartada PELUQUERÍA ESTRELLAS D.C. S.A.S. a través de su correspondiente Representante Legal en calidad de arrendadora, suscribieron dos contratos de arrendamiento de local comercial el 2 de octubre de 1999 y el 18 de diciembre de 2014 respectivamente, cuyo objeto en términos generales era la prestación del servicio de peluquería a personas, especialmente el cuidado y mantenimiento del cabello (Fls. 12 a 19 – PDF 07 – CONTESTACIÓN DE DEMANDA).

Ahora bien, es menester acotar que el artículo 22 del C.S.T. define el contrato de trabajo como aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. A su vez, el artículo 23 *ejusdem* determina los elementos del contrato de trabajo, ellos son la actividad personal, la continuada subordinación o cumplimiento de órdenes, y un salario como retribución del servicio.

Reunidos los citados elementos, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen. El artículo 24 del C.S.T. estipula la presunción legal de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.

Por ello la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha determinado que, al promotor del proceso le incumbe acreditar la prestación del servicio, para que se active la presunción de la citada norma, evento en el cual le corresponde al eventual empleador desvirtuar la carga probatoria que le asiste, según sentencias SL1389-2020, Radicación 73353 del 5 de mayo de 2020, SL1390 de 2020, Radicación No. 75795 del 5 de mayo de 2020, SL2240-2022, Radicación

No. 88672 del 28 de junio de 2022, SL2186-2022, Radicación No. 89890 del 29 de junio de 2022, SL2189-2022, Radicación No. 90418 del 29 de junio de 2022, entre otras.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1439-2021, Radicación No. 72624 del 14 de abril de 2021, en lo que atañe al elemento subordinante para la configuración de una verdadera relación laboral precisó:

> *"**1.1. La subordinación: clave de bóveda en la determinación de una relación de trabajo subordinada***
>
> *"Bien tiene sentado la Corte que la subordinación es el elemento diferenciador entre una relación laboral y una civil o comercial (SL2885-2019). En efecto, tanto en contratos comerciales como en laborales, pueden estar presentes la prestación personal del servicio y la remuneración, por tanto, la dependencia es el factor que marca la diferencia entre uno y otro.*
>
> *"La subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, en los términos del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, «faculta a éste [sic] para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato».*
>
> *"La doctrina ha subrayado que la subordinación es la causa del contrato de trabajo, pues el empleador busca a través de este reservarse la facultad de dirigir y controlar la fuerza laboral, conforme sea necesario para el logro de sus objetivos empresariales. La jurisprudencia de esta Sala ha resaltado también como causa del contrato de trabajo la facultad del empleador de disponer de la capacidad de trabajo según sus necesidades organizativas. Por ejemplo, en la sentencia CSJ SL4479-2020 la Corte refirió:*
>
> *"No debe olvidarse que una de las razones principales por las que los empleadores vinculan trabajadores a su servicio es para reservarse el derecho de controlar y dirigir la labor de sus empleados.*
>
> *"A diferencia de otros contratos no laborales en los que el objeto es un resultado -entrega de un bien o un servicio- y, por tanto, se procura fijar las condiciones para el logro de esa meta, en el contrato de trabajo el empleador procura ejercer un control sobre la actividad del trabajador o*

sobre su comportamiento, para adecuarlo al logro de sus fines empresariales. Por este motivo, la ley lo autoriza para dirigir, vigilar y sancionar su conducta, mientras que, en los ordenamientos civiles o comerciales, la ley faculta a las partes con acciones o penalidades encaminadas a garantizar el cumplimiento del objeto contractual.

"De esta forma, la subordinación, elemento central del contrato de trabajo, recae sobre la actividad del trabajador como tal. Y tiene como contracara o reverso, el poder de dirección y control del empleador sobre ese comportamiento. Dicho de otro modo: poder de organización, dirección y control y deber de subordinarse son dos caras de una misma moneda. Por ello, examinar esas dos dimensiones de la relación jurídica para formarse una imagen completa de la realidad fáctica, puede arrojar bastante claridad en los casos ambiguos o de relaciones laborales encubiertas."

Así las cosas, en el transcurrir del trámite procesal se recepcionó el testimonio de la señora LEIDY PATRICIA BELTRÁN GONZÁLEZ, quien manifestó que fue cliente de la PELUQUERÍA ESTRELLAS D.C. S.A.S., y por lo general frecuentaba el sitio entre semana más que todo en las horas de la mañana entre las 8:00 a.m. y 9:00 a.m. los días martes o jueves.

No tiene conocimiento cuál era la forma de pago de la demandante, y que cuando ella como declarante iba a la peluquería cancelaba el servicio directamente en la caja. Que de oídas de las personas que prestaban el servicio en la peluquería escuchó que la demandante cumplía un horario.

Relata que en una ocasión notó que el señor FREDDY OCTAVIO CASTELLANOS CONTRERAS le manifestó inconformidad a la demandante por la llegada tarde en virtud a que había perdido una clienta. No le consta a quién le pertenecían las tinturas y demás implementos que utilizaba la actora.

Que nunca le solicitó a la demandante algún servicio a domicilio pues tenía entendido que no podía hacerlo, ya que la peluquería se lo impedía. Que a la demandante le suministraban un uniforme, gorro y capa con logos de la peluquería, teniendo también conocimiento de que cumplía un horario de trabajo.

Refirió la testigo que conoce a la demandante desde aproximadamente 20 o 15 años, y que ella solicitaba los servicios de la actora cada 3 o 4 meses para lo referente a su cabello. No le consta si la demandante tenía que pedir permisos, así como que el señor FREDDY OCTAVIO CASTELLANOS CONTRERAS no le daba instrucciones sobre cómo debía desarrollar la labor de estilista.

La testigo GLORIA AMPARO CONTRERAS CONTRERAS (tachada de sospecha), adujo que sus estudios se encuentran concatenados a peluquería. Que conoce a la demandante porque son amigas y fueron compañeras de trabajo durante 30 años aproximadamente desde el año 1990, al igual que ella como testigo trabajó al servicio de PELUQUERÍA ESTRELLAS D.C. S.A.S. durante 23 años.

Que la demandante ingresó a PELUQUERÍA ESTRELLAS D.C. S.A.S. poco tiempo después de que ella iniciara a laborar, manifestando además que la demandante hizo un arreglo con la señora ALCIRA CONTRERAS, quien era en su momento la propietaria, por lo que le consta que al inicio el contrato de la actora fue de manera verbal, luego suscribió un contrato de prestación de servicios con la encartada pero sin que se le entregara ninguna copia, contrato que consistió en un arrendamiento.

Que el horario de la demandante era de 6:00 a.m. a 2:00 p.m. de lunes a jueves, los viernes ingresaba a las 7:00 a.m. hasta aproximadamente las 8:00 a.m. dependiendo los clientes que existieran, manifestando tener conocimiento de dicha situación puesto que como declarante también laboraba dentro del mismo horario.

Expuso que los pagos a la demandante se hacían de manera semanal, y su pago consistía en un 50% o 60% del total de clientes que se atendieran. Que en la peluquería aproximadamente 70 personas desempeñan sus actividades, por lo que cada uno tenía un cubículo, y se manejaban diferentes horarios. Refirió que existían dos cajeras de nombres INGRID ALVARADO y DAMARIS quienes manejan turnos de mañana y tarde, recibían el dinero, organizaba los turnos y

hacía los vales, mientras que el personal llevaba una agenda en la que se consignaba el orden de los clientes que se atendían diariamente.

Mencionó que los clientes llegaban a preguntar o se agendaban citas para la atención. Que la demandante tenía clientes específicos además de los que le asignaba la peluquería, recalcando que en la mayoría de veces lo que se aplicaba era el agendamiento de citas para con los clientes.

Que cada estilista tenía un puesto fijo asignado el cual mantenía con llave. Reiteró los horarios asignados a la demandante, pero destacó que en caso de que existiera alguna cita de un cliente fuera de ese horario lo podía atender sin ningún inconveniente.

Que la atención de los clientes era responsabilidad de cada persona, aunado que en algún momento observó que a la demandante se le llamó la atención en razón a que en ocasiones se demoraba atendiendo los clientes y porque no recogía las cosas de su puesto de trabajo, precisando que el señor FREDDY OCTAVIO CASTELLANOS CONTRERAS iba todos los días a la peluquería, al igual que era la demandante quien de manera independiente pagaba su seguridad social.

Tiene entendido que a la demandante la despidieron de la peluquería aproximadamente hace dos años, y le consta esto porque la actora la llamó a manifestarle sobre la situación, refiriendo además la declarante que luego del despido la accionante se fue a laborar a otra peluquería en la que siguió atendiendo clientes que tenía en PELUQUERÍA ESTRELLAS D.C. S.A.S. Que en algunas ocasiones la demandante atendía clientes a domicilio, pero sin el conocimiento de la demandada.

Que si la demandante se enfermaba debía avisar a la peluquería para que se le comentara a los clientes si se iban o deseaban que fueran atendidos por otras personas, adicionado que la peluquería manejaba unos precios específicos

para cobrar a los clientes. Que la demandante reconocía como su jefe directo a la señora ALCIRA CONTRERAS y que siempre vio a la demandante en el sitio de trabajo.

La testigo MARLEN REINA MESA refirió que es Manicurista y desarrolla actividades en la PELUQUERÍA ESTRELLAS D.C. S.A.S., al igual que conoce a la demandante ya que fueron compañeras precisamente en la peluquería aquí demandada desde el año 1992.

Que la demandante desarrollaba la actividad de Tinturista, precisando que la actora no tenía un horario fijo ya que asistía dependiendo las citas que tuviera para atender los diferentes clientes, citas que manejaba la misma señora GLORIA ELENA BALLÉN MURCIA por cuanto era a ella que los clientes llamaban. Que ella como declarante en su rol de Manicurista decide el precio a cobrar y los clientes cancelan en la caja y nunca le han llamado la atención.

Expuso que las citas se programaban siempre por celular y tiene entendido que la demandante no firmó ningún contrato con la encartada. Que el pago a la demandante se hacía por porcentaje, pago que le era consignado en cuenta cada ocho días como se hace con todas las personas que en la peluquería desarrollan sus actividades. Que la demandante era libre de decidir lo que hacía con los clientes.

Que la propietaria de la peluquería desde el año 1992 es la señora ALCIRA CONTRERAS, persona que no asiste todos los días a las instalaciones, y el administrador es el señor FREDDY OCTAVIO CASTELLANOS CONTRERAS. Relató que nunca observó que a la demandante el señor FREDDY OCTAVIO CASTELLANOS CONTRERAS le hubiese llamado la atención; que en algunas ocasiones la actora trabajaba con uniformes que tenían logos de la peluquería el cual debía ser comprado por el mismo estilista. Indicó que la demandante tinturaba, siendo enfática en relatar que todo lo que se utilizado por el estilista para desarrollar la actividad debía ser comprado por el mismo.

Que si la demandante no asistía a la peluquería no devenía consecuencia alguna, pues lo único que debía hacer era llamar a la caja y manifestar la situación de su inasistencia. Que ella como declarante no cumple ningún tipo de horario, situación idéntica que ocurría con la accionante, destacando que los pagos que reciben son variables.

La testigo MARTHA PATRICIA MONTAÑA COLMENAR mencionó que es Auxiliar de Cosmetología y en la actualidad se dedica a la depilación. Que presta sus servicios en las instalaciones de la encartada hace 24 años, por lo que conoció a la demandante desde el momento en que ingresó a la peluquería, de ahí que tenga conocimiento que desde que la actora ingresó a la peluquería.

Sostuvo que la demandante no tenía un horario fijo de ingreso, tanto así que algunos días no asistía y si llegaba temprano era porque alguna cliente la citaba, exponiendo que la actora incluso podía hacer solo un turno y luego se iba. Asimismo, que la peluquería cuenta con peluqueros, peinadores, manicuristas, depiladores, entre otros, siendo el administrador el señor FREDDY OCTAVIO CASTELLANOS CONTRERAS y en la parte administrativa las cajeras.

Que el pago se hace a través de un porcentaje de acuerdo a lo que se produzca, sin conocer exactamente cuánto era el porcentaje pagado a la actora, relatando que el procedimiento del pago consiste en que cada persona que desempeña su actividad dentro de la peluquería hace el tiquete en la caja y cado uno maneja una agenda en la que se anota el producido.

Manifestó que el puesto de actividades está compuesto por un tocador donde cada uno coloca sus cosas, y que era la propia demandante quien compraba las tinturas para el desempeño de su actividad, junto con las tazas, las brochas para hacer la tintura; refirió que el administrador asiste a la peluquería, sin que tuviera conocimiento que le hubiese llamado la atención a la actora.

Relató que dentro de la peluquería los estilistas manejan su propio tiempo y horario, y deben comprar los uniformes, máxime si el Ministerio de Salud lo exige, acotando que si no se podía asistir lo único que debe hacerse es llamar a los clientes a manifestar la ausencia.

Explicó que ella como declarante no cumple horario ya que se agenda según los clientes que tenga, tan es así que en la mayoría de ocasiones lo que se hace es dar el número de celular para que no haya intervención directa con la peluquería.

Que la peluquería no efectuaba llamados de atención, el pago es variable de acuerdo a la atención de clientes. Tiene conocimiento de que la actora a parte de desarrollar actividades en la peluquería tenía negocios alternos tales como una papelería en un centro comercial desde hace más de 10 años. No tiene conocimiento sobre el por qué la demandante no volvió a la peluquería.

El señor FREDDY OCTAVIO CASTELLANOS CONTRERAS adujo en su interrogatorio de parte que es Administrador de Empresas y manifestó que no maneja empleados dentro de la peluquería, aduciendo además que a la señora MARTHA MONTAÑA nunca se le autorizó por él para suscribir certificaciones.

Que la aquí demandante nunca fue subordinada, pues en el gremio de la peluquería es normal que los estilistas que desempeñen dicha actividad utilicen el lugar para desarrollar su actividad profesional, por lo que son las mismas personas quienes trabajan con sus propios clientes y herramientas, manejando sus horarios.

Expuso que la demandante desarrolló sus actividades de estilista en la peluquería aproximadamente desde 1999, quien suscribió contratos de arrendamiento de espacio, siendo en todo momento la actora quien suministrara sus propios elementos de trabajo y que el porcentaje que se negocia con cada estilista varía dependiendo su antigüedad, el número de

clientes que tenga, entre otros factores, sin que ese porcentaje superara el 40%. Que no existía una tarifa específica para el pago del arriendo mensual y que a ningún estilista se le expedían certificados laborales, sino certificados de ingresos promedios, certificaciones que en algunas oportunidades fueron suscritas por la señora MARTHA MONTAÑO.

Que a la demandante nunca se le llevó a cabo un control de horarios, de ahí que hubiese manifestado que la actora participaba poco en las actividades de la peluquería y por ende tenía una producción baja, sin que hiciera llamados de atención a los estilistas. Que él como administrador no era quien determinaba los clientes que atendía la demandante, como tampoco que diera órdenes a las cajeras para decidir qué cliente le correspondía atender a la actora.

Que no existen turnos en la peluquería sino un horario completo de 6:00 a.m. a 8:00 p.m., por lo que cada estilista agenda sus clientes dentro de ese horario que a ellos y a sus clientes les convenga. Que ningún estilista debe pedir permiso para ausentarse en la medida que todos manejan su tiempo.

La demandante señora GLORIA ELENA BALLÉN MURCÍA indicó en el interrogatorio de parte rendido que es divorciada y su profesión es Estilista. Que laboró al servicio de la peluquería en un horario de 6:00 a.m. a 2:00 p.m., por lo que después de su jornada laboral iba a colaborarle a su hija en un negocio que tenía, al igual que sostuvo que la peluquería señalaba en qué horarios debía atender a sus clientes.

Reiteró el cumplimiento de horario al que se encontraba supeditada, sin que recuerde que se le hubiese impuesto algún tipo de sanción. Que ella decidía la forma en que desarrollaba su trabajo en lo que respecta a cada servicio que le prestaba a sus clientes, nunca presentó a la encartada alguna reclamación de acreencias laborales.

Que al inicio se le suministraba las herramientas, pero con posterioridad tuvo que comprar las mismas. Que era la peluquería quien asignaba los precios a cobrar a cada cliente.

En tal sentido, de entrada, advierte la Sala que la aquí demandante en primera medida logró demostrar la prestación personal del servicio para con la demandada PELUQUERÍA ESTRELLAS D.C. S.A.S., prueba de ello lo es que la misma accionada dentro de la contestación de la demanda, más exactamente lo manifestado al supuesto fáctico No. 1 descrito en el líbelo demandatorio, afirmó ser cierto que la actora prestó sus servicios como Estilista por el periodo comprendido entre el 21 de enero de 1998 y el 23 de abril de 2019, tópico que se sopesa con los contratos de arrendamiento de local comercial suscritos por las partes el 2 de octubre de 1999 y el 18 de diciembre de 2014 respectivamente, junto con las diferentes facturas de ventas allegadas por la demandante, así como los testimonios rendidos por LEIDY PATRICIA BELTRÁN GONZÁLEZ, GLORIA AMPARO CONTRERAS CONTRERAS, MARLÉN REINA MESA y MARTHA PATRICIA MONTAÑA COLMENAR, y el interrogatorio de parte surtido por el Representante Legal de la demandada señor FREDDY OCTAVIO CASTELLANOS CONTRERAS (Fls. 4, 26 a 56 PDF 01 - DEMANDA Y ANEXOS y Fls. 12 a 19 – PDF 07 – CONTESTACIÓN DE DEMANDA).

Así las cosas, en lo que atañe a la demostración de derruir la presunción contractual por la parte demandada frente al elemento subordinante al tenor de lo preceptuado en el artículo 24 del C.S.S. y lo adoctrinado por la jurisprudencia, ello también en concordancia de la carga probatoria de que trata el artículo 167 del C.G.P., la Sala puede colegir que tal elemento logró ser desvirtuado por el extremo accionando.

Lo anterior, como quiera que, de las declaraciones rendidas por las señoras MARLÉN REINA MESA y MARTHA PATRICIA MONTAÑA COLMENAR, personas quienes en la actualidad desempeñan actividades similares a la de la demandante en su momento dentro de la PELUQUERÍA ESTRELLAS D.C. S.A.S.,

las mismas fueron contestes en señalar que todas las personas que desarrollan actividades de Estilistas y relacionadas, lo hacen con plena autonomía e independencia en lo que atañe a horarios y días, sin que exista una imposición de horario por parte de los Representantes de la peluquería ni subordinación alguna, en especial de la señora ALCIRA ELIZABETH CONTRERAS HERNÁNDEZ y el señor FREDDY OCTAVIO CASTELLANOS CONTRERAS.

Nótese que además puntualizaron que para el desarrollo de las actividades en la mayoría de ocasiones tenían clientes específicos, tanto así que incluso en cualquier hora del día podían atenderlos, aspecto que también ocurría con la demandante, pues para desarrollar su actividad cada Estilista contaba con un espacio personal para ejercer su actividad, sin que tampoco tuvieran que estar atados a alguna directriz o parámetro para hacer el procedimiento de su especialidad, es decir, que ante el profesionalismo con que se contaba podían decidir la forma en que se atendería a cada cliente.

Además, ambas declarantes sostuvieron que para desempeñar su función debían estar equipadas con sus propios implementos, que para el caso de la demandante señora GLORIA ELENA BALLÉN MURCÍA al tratarse de una Estilista cuya especialidad era la tintura, debía comprar las tinturas, brochas, tazas, entre otros utensilios propios de su labor, sumado a que, argumentaron que el monto ganancial dependía precisamente de la cantidad de personas que se atendieran para así determinar el porcentaje de ganancias entre la peluquería y el Estilista con ocasión del puesto alquilado dentro de la peluquería, aspectos que advierten una actividad con plena autonomía e independencia.

Ahora, si bien las declaraciones de las señoras LEIDY PATRICIA BELTRÁN GONZÁLEZ y GLORIA AMPARO CONTRERAS CONTRARAS, cliente y amiga de la demandante respectivamente, señalaron que la actora imperativamente debía cumplir un horario según disposición de la pasiva, pone la Sala de presente que en lo que concierne a la declaración de la señora LEIDY PATRICIA

BELTRÁN GONZÁLEZ, sus dichos para el cumplimiento de horario de la demandante no pueden atenderse de manera certera, en la medida que manifestó presumir de dicho cumplimiento en tanto lo escuchó de personas que también desarrollaban actividades de la peluquería, tópico que la constituye como una testigo de oídas, máxime si se tiene en cuenta que como ella misma lo manifestó, su frecuencia dentro del salón no era de manera permanente, por lo que no tuviese conocimiento fehaciente sobre la permanencia de la actora.

Adicionalmente, a pesar de que manifestó que en alguna ocasión auscultó que el señor FREDDY OCTAVIO CASTELLANOS CONTRERAS le llamó la atención a la actora por no llegar a atender a una cliente, no puede entenderse como un indicio de subordinación, en tanto al tratarse el giro ordinario de la PELUQUERÍA ESTRELLAS D.C. S.A.S. precisamente en atención a clientes, la cual por demás era una cliente directa de la demandante, notorio era que ante el agendamiento de citas la necesidad de atención, más aún si la declarante también indicó que el desarrollo de tintura la demandante en todo momento lo hacía de manera autónoma sin previas directrices por parte de la Peluquería.

De otra parte, a pesar de que la declarante señora GLORIA AMPARO CONTRERAS CONTRERAS indicó ser compañera de la demandante desde que inició sus actividades en la peluquería, relató que a la accionante se le contrató a través de un contrato de prestación de servicios, aspecto que no guarda congruencia incluso con lo narrado por la misma actora en el interrogatorio de parte, pues lo que realmente se desprende del plenario es que en todo momento lo que existió entre las partes fueron contratos de arrendamiento de local comercial bajo la égida de la Ley Civil, adicional a que, como ella misma lo relató, la demandante siempre tuvo plena autonomía de la forma como desarrollaba su actividad con los distintos clientes, aspecto que a juicio de la Sala no puede ser atendido como subordinado por parte de la demandada.

En tal sentido, la Sala puede colegir que no se configuró el presupuesto de la primacía de la realidad sobre las formalidades dispuesto en el artículo 53 Constitucional, por cuanto del caudal probatorio y de conformidad con la libertad probatoria contemplada en el artículo 61 del C.P.T. y de la S.S., la PELUQUERÍA ESTRELLAS D.C. S.A.S. logró derruir el elemento subordinante, pues se itera, lo que se demuestra es que en todo momento lo que se presentó fue una actividad independiente de la demandante atendiendo los contratos de arrendamiento de local comercial.

Al unísono, debe entenderse que tampoco el caudal documental aprecia ninguna presunción subordinante, toda vez que lo único que se aprecia son las diferentes facturas de ventas que aprecian nada más la forma y porcentaje en que se le cancelaba a la actora las diferentes atenciones a sus clientes, situación que guarda congruencia con los porcentajes acordadas en los contratos de arrendamiento de local comercial.

Por todo lo expuesto, es por lo que la decisión de primer grado se confirmará en su integridad. **COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandante por cuanto no salió abante su recurso de alzada.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ,** administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN **CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR**
Magistrado **Magistrado**

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

AGENCIAS EN DERECHO: se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de $500.000 a cargo de la parte demandante, lo cual deberá ser incluido en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **26 2019 00544 02**
Demandante:	LUZ ADRIANA ZAPATA SALAZAR
Demandado:	COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES, a la abogada ALIDA DEL PILAR MATÉUS CIFUENTES, identificada con cédula de ciudadanía 37.627.008 y T.P. 221.228 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 11 de julio de 2022 por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora LUZ ADRIANA ZAPATA SALAZAR promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., a fin que se declare que la afiliación que realizara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. se llevó a cabo

a través de engaños y publicidad que no corresponde a la realidad ante la omisión de no informar una proyección del monto de pensión que obtendría en cada régimen pensional y la omisión de informarle las consecuencias que acarrearía el traslado, por lo que es ineficaz o nulo dicho traslado, que se realizara el 3 de abril de 1995 y 1º de enero de 1999 respectivamente.

Asimismo, se declare la no derivación de ningún derecho u obligación con PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. a razón de mesadas pensionales o gastos de administración.

Por tal razón, se les condene a PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. devolver y entregar efectivamente a COLPENSIONES, los valores que hubiesen recibido con motivo de la afiliación en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses según lo dispuesto en el artículo 1746 del Código Civil y hasta que se haga efectivo el retorno al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin descuento por el pago de las mesadas pensionales efectuadas.

Igualmente, se les condene a PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. asumir los deterioros sufridos por el patrimonio administrado, incluidas las mermas ocasionadas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, por el pago de las mesadas pensionales en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y por los gastos de administración en que hubieren incurrido, los cuales serán asumidos por la demandada PORVENIR S.A. en forma total desde el 1º de enero de 1999, hasta que se haga efectivo el retorno al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Por último y con ocasión de lo anterior, se le condene a COLPENSIONES aceptar y recibir el valor de las cotizaciones que se encuentran en poder de PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., así como el traslado de régimen deprecado desde el 3 de abril de 1995, hasta que se haga efectivo el retorno en el régimen de Prima Media con Prestación Definida, junto el pago de costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus súplicas, adujo tanto en su escrito demandatorio inicial como en el que reformó la demanda, que nació el 7 de junio de 1965, iniciando sus cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones el 5 de noviembre de 1986 a través de distintos empleadores.

Que suscribió formulario de afiliación en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. el 2 de noviembre de 1994, encontrándose para la época vinculada laboralmente con el empleador CONSULTORES EN INFORMÁTICA Y COMPUTACIÓN LTDA, así como que el 20 de noviembre de 1998 efectuó nuevamente traslado con destino a PORVENIR S.A.

Refirió que las afiliaciones llevadas a cabo tanto en PROTECCIÓN S.A. como en PORVENIR S.A. se hicieron como consecuencia de una falta al deber de información de manera clara, precisa y concreta sobre las consecuencias del traslado de régimen pensional, sin que nunca se le hubiese por las AFP encartadas una proyección con fórmulas actuariales explicando el posible valor del monto pensional comparado de manera paralela en ambos regímenes, no se le indicó en qué edad se pensionaría, entre otros aspectos de desinformación que ocasionaron una falta de asesoría integral y buen consejo.

Enfatizó que de buena fe recibió las mesadas pensionales que le otorgara PORVENIR S.A. producto del engaño, prestación que empezó a percibir desde el año 2018.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda arguyendo que no es procedente declarar que los contratos suscritos entre la demandante y las AFP PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. fueron nulos o ineficaces, como quiera que en el asunto de marras obran medios documentales suficientes que conducen a determinar que el

traslado de régimen pensional efectuado por la señora LUZ ADRIANA ZAPATA SALAZAR se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que los respectivos asesores de los fondos privados suministraron la totalidad de la información en forma clara y precisa.

Formuló las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y la innominada o genérica.

PROTECCIÓN S.A. contestó la demanda argumentando que, en ningún momento engañó ni mucho menos constriñó a la demandante para trasladarse al Régimen de Ahorro Individual ante sus dependencias, toda vez que los asesores son capacitados permanentemente y cuentan con el conocimiento técnico y la lealtad moral y suficiente para orientar a los posibles afiliados en ese sentido, de ahí que se le haya asesorado respecto a todo el sistema general de pensiones, donde se le explicaron las características tanto del régimen privado como del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, la diferencia de dichos regímenes, la forma de adquirir una pensión en uno y otro, las consecuencias del traslado y todos los aspectos necesarios para que pudiera tomar la decisión de vincularse o no, pero no de manera impuesta como lo refiere la demandante, sino voluntariamente.

Que por tal razón, no puede predicarse por la demandante que hubo engaño o que se le indujo en error, pues su consentimiento estuvo mediado de amplia información y asesoría, situaciones todas que quedaron consignadas en el formulario de afiliación.

Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, 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 y la innominada o genérica.

PORVENIR S.A. a pesar de haber contestado la demanda, la misma mediante proveído adiado el 14 de mayo de 2021 se tuvo por no contestada (PDF 10 – EXPEDIENTE DIGITAL); sin embargo, en lo que respecta a la reforma de la demanda elevada por la demandante, refirió que solo hasta la expedición del Decreto 2555 de 2010, el Decreto 2071 de 2015 y la Ley 1748 de 2015, las administradoras de fondos de pensiones adquirieron en su cabeza la obligación de asesoría e información tanto para sus afiliados como para el público en general. De hecho, la obligación de explicar a los afiliados las consecuencias del traslado de régimen, nace sólo a partir del inciso cuarto del artículo 3 del Decreto 2071 de 2015.

Que esa información reviste de importancia pues la demandada pretende imponer una carga adicional que para la fecha del traslado entre regímenes no estaba a cargo de las AFP., aunado a que las AFP informaban a sus posibles afiliados que podrían pensionarse a la edad que escogiera, siempre y cuando el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual compuesto por los aportes obligatorios, los aportes voluntarios, sus correspondientes rendimientos y el bono pensional, le permitieran obtener una mesada pensional superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente y a su vez, indicando características propias del régimen que le han asistido desde el momento de su afiliación tales como la existencia de excedentes de libre disponibilidad, la devolución de saldos en caso de no cumplir presupuestos para el derecho pensional, heredar el capital de la cuenta de ahorro individual en caso de fallecer sin beneficiarios, la pensión de garantía mínima, entre otros. En igual sentido, aceptó el reconocimiento pensional otorgado a la demandante.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 11 de julio de 2022 absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra.

Para arribar a dicha conclusión, la operadora de instancia indicó que, el presente proceso debía ser estudiado a la luz de la ineficacia y no de la nulidad según lo establecido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia; asimismo, que la Alta Corporación ha determinado que para que se tenga como una afiliación libre y voluntaria esta debe estar precedida de una información de los riesgos del traslado, así como ventajas y desventajas de cada régimen, con la finalidad de generar una decisión informada.

Del mismo modo, señaló que al existir el deber de información este se debe analizar dependiendo del periodo histórico en el que se realizó la vinculación y que para el efecto el formulario de afiliación no es prueba suficiente de la decisión informada derivada de la entregada por el fondo, carga que corresponde a las AFP.

Seguidamente, expuso que el artículo 114 de la Ley 100 de 1993 establece que para que el traslado surta efectos se debe contar con una manifestación escrita del trabajador en la cual conste que la selección del fondo se hizo de manera libre, espontánea y sin presiones, en el mismo sentido que el artículo 97 de la Ley 100 de 1993 dictamina que las cuentas de ahorro de los afiliados son patrimonios independientes de las administradoras y como estas se encargan de administrar dichas cuentas se rigen por las normas para los encargos fiduciarios, las cuales imponen como obligaciones las de defender los intereses de sus beneficiarios contra actos de terceros y hasta propios, además de ser voceros los mismos. También trajo a colación el artículo 15 del Decreto 656 de 1994, el cual ordena que los fondos de pensiones deben poner de presente a sus afiliados el reglamento del fondo.

Que si bien dentro del presente PROTECCIÓN S.A. no demostró que al momento de traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad hubiese demostrado el suministro de información ajustada a derecho y buen consejo en los términos de la jurisprudencia, tales aspectos conllevarían a declarar la ineficacia de la afiliación; sin embargo, también arguyó que debía tenerse presente lo señalado por la Corte Suprema de Justicia, puesto que en

criterio pacífico la Alta Corporación ha indicado sobre la negativa de la ineficacia para aquellas personas que ostenten la calidad de pensionadas, situación ocurrida respecto de la señora LUZ ADRIANA ZAPATA SALAZAR, tópico que se constituye como un hecho consumado junto con un estatus jurídico que no es razonable revertir o retrotraer, máxime si la actora decidió obtener su prestación bajo la figura de pensión anticipada.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión la parte demandante la apeló. Argumentó en su alzada que si bien se comparte la apreciación y la sana crítica que emplea la falladora de instancia frente a la verificación y la probanza en lo que atañe al engaña y la falta del deber de información por parte de las AFP, no comparte el aspecto de la negativa de las pretensiones bajo el entendido de que en la actualidad se le reconoció pensión anticipada por parte de PORVENIR S.A.

Ello por cuanto, al momento de presentada la demanda todavía no se encontraba con efecto la sentencia emitida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia SL373-2021, de ahí que la misma no pueda generar connotaciones anteriores, por lo que atendiendo los principios de igualdad y legalidad debe aplicarse los beneficios jurisprudenciales que se enmarcaban al momento de la presentación de la demanda, y no la del momento de la sentencia por cuanto las modificaciones jurisprudenciales se dieron de manera posterior, más aún si quedó plenamente demostrado que no se probó el deben de información por parte de las AFP privadas.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la ley 2213 del 13 de junio de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *"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".*

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *"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 en 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. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto",* criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

> *"[…] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante".*

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

> *"Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que 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 ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportaron los formularios que suscribiera la demandante con la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. de fechas 2 de noviembre de 1994 y 20 de noviembre de 1998 respectivamente (Fls. 47 y 54 PDF REFORMA DE LA DEMANDA), en el cual se refiere que la decisión es libre y voluntaria, no obstante, la Corte Suprema de Justicia ha sido reiterativa en indicar que no es prueba suficiente para afirmar que se le suministró al afiliado la información oportuna y veraz; así lo establece en la sentencia de tutela anteriormente citada: *"desde la sentencia CSJ SL, 09 Sep 2008, rad. 31989, la sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como <<la afiliación se hace libre y voluntaria>>, <<se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones>> u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado.*

De otro lado, en el interrogatorio de parte a la demandante tampoco se colige que haya confesado haber sido correctamente informada, pues expresó que fue afiliada cuando un asesor de PROTECCIÓN S.A. de su entonces realizó una reunión de manera grupal en la que se le indicó que el ISS se extinguiría, pero sin obtener ninguna información acerca de las diferencias entre uno y otro régimen pensional, como tampoco las implicaciones que conllevaría el cambio de régimen.

Al unísono, también debe tenerse en cuenta que en el interrogatorio de parte rendido por la Representante Legal de PROTECCIÓN S.A., la misma confesó que la única prueba que corrobora una información detallada para con la demandante es el formulario de afiliación.

d. De la condición de afiliado y pensionado:

Inicialmente, debe acotarse que la ineficacia del traslado, opera para quienes, ostentando la calidad de *afiliados*, hayan suscrito el respectivo formulario, sin que la AFP haya cumplido en debida forma la obligación de información y asesoría que les corresponde, relación de *afiliación* que es la que otorga el ingreso del trabajador dependiente o independiente en el sistema de seguridad social integral, y de la cual surgen derechos y obligaciones de seguridad social. La Corte Constitucional en sentencia T-235 de 2002, señaló que "*La precisión del concepto "afiliación" también se encuentra en la teoría de la seguridad social. Tratándose de pensión de jubilación, la afiliación es un acto que se produce una sola vez en la vida del interesado, al ingresar al trabajo, por consiguiente, la afiliación no es repetible, es vitalicia. Habrá, como es obvio, situaciones en las que se está trabajando (a esto se denomina "alta", y aquéllas en que no lo está (se denomina "baja").*

En ese punto, la Sala resalta que de las probanzas aportadas por PORVENIR S.A. y conforme lo sostuvo la actora en el interrogatorio de parte surtido, en efecto se aprecia que ésta se encuentra pensionada en el RAIS a través de la ya referida demandada desde el año 2018 bajo la modalidad de retiro programada, pensión mensual que ascendió a la suma de $1.129.125, prueba de ello lo es la carta que emitiera la AFP con destino a la demandante fechada el 23 de abril de 2018 donde se le informó sobre el reconocimiento de la prestación (Fls. 126 a 128 – PDF 07).

Por otra parte, la demandante también confesó en su interrogatorio de parte respecto de la pensión que viene disfrutando desde el año 2018.

En tal sentido, la accionante al haber aceptado la pensión que le fuera reconocida por PORVENIR S.A., dejó de ostentar la calidad de afiliada, para consolidarse en su favor la condición de *pensionada* por vejez en los términos y modalidad seleccionada en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Se debe señalar que las calidades de *afiliado y pensionado* resultan relevantes en materia pensional, entre otros aspectos, por cuanto ha sido una consideración en materia de movilidad en el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.

En efecto, *verbi gratia*, el artículo 107 de la Ley 100 de 1993, permite la trasferencia voluntaria del valor de la cuenta individual de ahorro pensional a otro plan de capitalización o trasladarse a otra entidad administradora, evento que opera bajo la condición que el afiliado *"no haya adquirido la calidad de pensionado"*, normativa que fue declarada exequible en la sentencia C-841 2003, señalando que *"Permitir el traslado de una entidad administradora de pensiones a otra, una vez se ha adquirido la calidad de pensionado puede poner en riesgo la sostenibilidad del sistema, aumentar los costos de los servicios administrativos y financieros, y desestimular la obtención de mayores niveles de rentabilidad a través de inversiones de mediano y largo plazo, dado que la posibilidad de traslado quedaría sujeta al capricho del pensionado"*.

Además, debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL373-2021, Radicación No. 84475 del 10 de febrero de 2021, trazó la línea de que si bien por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible devolver las cosas a su estado normal, la calidad de pensionado resulta en la configuración de una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico que no es razonable revertir cuando se acredita la ineficacia del traslado, como quiera que tal aspecto conllevaría a disfuncionalidades que afectarían a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto, así se enfatizó:

> *"Para la Corte la respuesta es negativa, puesto que si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la*

afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo ante)[1], lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto. Basta con relevar algunas situaciones:

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

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

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

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

Si se trata de una garantía de pensión mínima, volver las cosas a su estado anterior, implicaría dejar sin piso los actos administrativos que mediaron en el reconocimiento de la garantía. Como La Nación asume el pago de dicha prerrogativa, se requería la intervención de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que defienda los intereses

[1] SL1688-2019, SL3464-2019

del Estado que se verían afectados por la ineficacia del traslado de una persona que ya tiene el status de pensionado. Esto a su vez se encuentra ligado a lo dicho acerca de los bonos pensionales, pues la garantía se concede una vez esté definido el valor de la cuenta de ahorro individual más el bono.

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

La Corte podría discurrir y profundizar en muchas más situaciones problemáticas que generaría la invalidación del estado de pensionado. No obstante, considera que los ejemplos citados son suficientes para demostrar el argumento según el cual la calidad de pensionado da lugar a una situación jurídica consolidada y a un hecho consumado, cuyos intentos de revertir podría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones."

Así las cosas, al encontrarse la accionante pensionada en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida bajo la figura de pensión anticipada, la Sala puede concluir que la decisión de primer grado habrá de confirmarse en su integridad, en tanto, como ya se indicó, existe una multiplicidad de situaciones encaminadas a la afectación tanto financiera, legal, social, entre otras circunstancias, que impiden ante la calidad de pensionada promover la figura de la ineficacia de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 para que la demandante sea retornada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Por último, en lo que respecta al reproche de la parte demandante en cuanto a que debe tenerse en cuenta una línea jurisprudencial anterior a la trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL373-2021, como quiera que la demanda fue presentada con anterioridad a dicha postura, este cuerpo Colegiado advierte no asistir razón alguna en su argumento.

Ello por cuanto, atendiendo los principios de igualdad, buena fe, confianza legítima y seguridad jurídica, es precisamente que los Jueces del Trabajo deben

hacer uso del precedente jurisprudencial vertical por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al ser esta Corporación el Órgano de cierre de la especialidad laboral, aspecto que también ha sido decantado en distintas decisiones, dentro de ellas la estimada en la sentencia SL2029-2022, Radicación No. 84330 del 14 de junio de 2022, donde se expuso:

> *Sobre este último punto, el artículo 234 de la Carta Política consagró expresamente que la «La Corte Suprema de Justicia es el máximo Tribunal de la Jurisdicción Ordinaria», de tal suerte que su precedente es vinculante y obligatorio para todos los asuntos referidos a ella, que es fijado por cada una de las salas que constituyen la Corporación, según su especialidad.*
>
> *Así las cosas, el Tribunal en su decisión no hizo cosa distinta que observar las reglas jurídicas que esta Corporación ha establecido para la definición de los casos de estabilidad laboral reforzada por razones de salud, lo que fundamentó y motivó expresamente dentro del fallo. Por ende, no es viable imputar como error el hecho de haber fundamentado su decisión en el criterio jurisprudencial vigente.*

Más adelante resaltó:

> *Al respecto, es necesario recordar que la obligatoriedad del precedente de esta Sala para los asuntos que son de su competencia ha sido reconocida por la misma Corte Constitucional, quien mediante sentencia CC C-836 de 2001 expuso:*
>
> *La fuerza normativa de la doctrina dictada por la Corte Suprema proviene (1) de la autoridad otorgada constitucionalmente al órgano encargado de establecerla y de su función como órgano encargado de unificar la jurisprudencia ordinaria; (2) de la obligación de los jueces de materializar la igualdad frente a la ley y de igualdad de trato por parte de las autoridades; (3) del principio de la buena fe, entendida como confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado; (4) del carácter decantado de la interpretación del ordenamiento jurídico que dicha autoridad ha construido, confrontándola continuamente con la realidad social que pretende regular.*
>
> *Igualmente señaló que, la actividad judicial también está sujeta a la jurisprudencia, en estos términos,*
>
> *Una interpretación adecuada del imperio de la ley a que se refiere el artículo 230 constitucional, significa para la jurisprudencia constitucional que la sujeción de la actividad judicial al imperio de la ley, no puede entenderse en términos reducidos como referida a la aplicación de la legislación en sentido formal, sino que debe entenderse referida a la aplicación del conjunto de normas constitucionales y legales, valores y objetivos,* ***incluida la interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales****, la*

cual informa la totalidad del ordenamiento jurídico (negrillas fuera del original).

Así las cosas, habiéndose analizado el asunto dentro de la jurisdicción ordinaria, debía aplicarse el precedente fijado por el órgano de cierre, al cual incluso los recurrentes hacen referencia dentro de los cargos formulados."

Así las cosas se confirmará la decisión de primer grado. **COSTAS** a cargo de la parte demandante al no haber salido avante el recurso de apelación por esta propuesto, según lo normado en el numeral 1º del artículo 365 del C.G.P.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA 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 por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN **CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR**
Magistrado **Magistrado**

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

AGENCIAS EN DERECHO: se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de $500.000 de pesos a cargo de la parte demandante, lo cual deberá ser incluido en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **28 2020 00314 02**
Demandante:	YUDE PARADA RINCÓN
Demandados:	COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES, a la abogada ALIDA DEL PILAR MATÉUS CIFUENTES, identificada con cédula de ciudadanía 37.627.008 y T.P. 221.228 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., en contra de la sentencia proferida el 15 de julio de 2022, por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá.

De igual manera, el presente proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora YUDE PARADA RINCÓN promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., con la finalidad que se declare la ineficacia de la afiliación que efectuó en el año 1999 a la demandada SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y en el año 2007 a la demandada PORVENIR S.A., por cuanto en la etapa precontractual no le brindaron información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales y en especial de su situación concreta.

Como consecuencia tales declaratorias, se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a Colpensiones tenerla entre sus afiliados como si nunca se hubiera trasladado en virtud del regreso automático. Finalmente, pretende se condene al pago de costas y agencias en derecho, además de lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra* y *extra petita.*

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de OLD MUTUAL S.A. hoy SKANDIA en 1999, y posteriormente se trasladó a PORVENIR S.A en 2007. De la misma forma, narro que nació el 5 de septiembre de 1960, por lo que cumplió 57 años el mismo día y mes de 2017.

De otro lado, afirmó que los fondos de pensiones privados convocados a juicio tienen la carga de demostrar que cumplieron con el deber de información respecto del cambio de régimen pensional. Asimismo, refirió que PORVENIR S.A. le realizó una simulación bajo la modalidad de retiro programado con una fidelidad del 100%, proyectando una mesada a los 60 años de $877.803, entre tanto, en el RPMPD su mesada a mayo de 2020 seria de $2.510.496, además adujo que cuenta con un total de 1887 semanas cotizadas. Por último, aludió que elevó reclamación administrativa ante COLPENSIONES el 31 de Julio de 2020, solicitando la ineficacia de la afiliación efectuada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pedimento que fue denegado por la entidad.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contra, aduciendo que la acción se impetra con el fin de obtener beneficios económicos; igualmente, el traslado al RAIS se encuentra ajustado a lo preceptuado en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, a lo que se suma que realizó un traslado horizontal, de modo que existe una ratificación tácita conforme lo reglado en el artículo 1754 del C.C., pues aceptó las condiciones que hacen parte de éste régimen; igualmente, adujo que es deber de los afiliados del Sistema General de Pensiones estar pendiente de su estatus pensional y tampoco procede el traslado deprecado dado que le faltan diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

Propuso como excepciones de mérito las de perfeccionamiento actos de relacionamiento, hecho de la víctima/afiliado, perfeccionamiento del acto inexistente, saneamiento nulidad, protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, inexistencia del derecho, pago de lo no debido, prescripción y caducidad, la innominada o genérica y buena fe. (Archivo 06).

Entre tanto, SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., se opuso a las pretensiones del escrito genitor, por cuanto la actora al momento de afiliarse con PENSIONAR en el año 1999 contaba con 39 años, luego, era plenamente capaz de tomar sus propias decisiones y jurídicamente legitimada para adquirir obligaciones contractuales. Además, al seleccionar el régimen que administra, aceptó las condiciones propias del mismo, conforme lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 y sus Decretos reglamentarios; y la información y asesoría que suministró PENSIONAR al momento de la vinculación se realizó de acuerdo con las normas y condiciones propias del RAIS, las cuales se resumen en el deseo de la gestora de pertenecer a ese régimen, lo cual está plasmado en el formulario de afiliación.

Como excepciones indicó las de cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, SKANDIA no participó ni intervino en el momento de selección de régimen ni el traslado de fondo, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al

debido proceso para el momento de la afiliación al R.A.I.S., ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante, prescripción, buena fe y la genérica.

Por su parte, PORVENIR S.A. señaló en su contestación que se oponía a las pretensiones de la demanda, ya que la actora al momento de suscribir el formulario de traslado de régimen pensional, lo hizo de forma libre y espontánea. Además, le compete probar el vicio en el consentimiento que alega, ya que de las pruebas aportadas no se evidencia alguna que permita acreditar la existencia de error, fuerza o dolo. En este orden de ideas, no hay lugar a declarar la ineficacia del traslado de régimen, pues la obligación de explicar a los afiliados las consecuencias del traslado de régimen, nace sólo a partir del inciso cuarto del artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, que modificó a su vez el artículo 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010.

Formuló 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 09).

Mediante auto adiado el 26 de abril de 2021, se negó la solicitud de llamamiento en garantía efectuado por SKANDIA S.A, decisión que fue confirmada por esta Corporación en proveído de 30 de septiembre de 2021 (Archivos 10 y 14).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 15 de julio de 2022, resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora YUDE PARADA RINCON al régimen de ahorro individual con solidaridad de fecha 1° de junio de 1999, por intermedio de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS SKANDIA S.A. y, en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado hoy por COLPENSIONES, tal como se dijo en las consideraciones de esta sentencia.*

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la señora YUDE PARADA RINCON identificada con C.C. 51.586.441 a COLPENSIONES.

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

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

QUINTO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA a cargo de las demandadas COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y SKANDIA S.A. Se señalan como agencias en derecho la suma de $1.500.000 a cargo de cada una de ellas y a favor de la parte actora."

Para arribar a dicha conclusión, adujo la *a-quo* que estaba probado el traslado que realizó la actora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través del fondo de pensiones PENSIONAR hoy SKANDIA y el traslado horizontal que realizó al fondo de pensiones HORIZONTE hoy PORVENIR. De otro lado, expuso que el presente caso, debe abordarse bajo la institución de ineficacias, según lo normado en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y los postulados jurisprudenciales emanados de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sin que lo pueda ser a través del régimen de las nulidades, pues resulta desbordado pedir al afiliado que demuestre el vicio en el consentimiento a través de error, la fuerza o el dolo.

Acorde con lo anterior, a las AFP les corresponde la carga de acreditar la información suministrada para efectuar el traslado de régimen, esto es, si brindó una información veraz, completa y oportuna, diferenciando entre uno y otro régimen, así como las ventajas y desventajas, a efectos de garantizar la libertad de elección al potencial afiliado.

Teniendo en cuenta lo anterior, realizó un recuento de las pruebas aportadas, concluyendo que no se demostró el deber de información por parte de la AFP SKANDIA, pues en el interrogatorio de parte que puso la demandante, solo narró que el traslado de régimen pensional se originó por la precaria situación

del Instituto de Seguros Sociales, luego, no se cumplió con dicha carga probatoria por parte del citado fondo, lo cual no se puede colegir del formulario de afiliación que suscribió en el traslado inicial de régimen, pues dicha circunstancia a lo sumo acredita un consentimiento, pero no informado, lo que conllevó a la declaratoria de la ineficacia del traslado.

En esa medida, dispuso la consecuencial devolución a COLPENSIONES de los emolumentos causados en virtud de dicho acto jurídico por parte de PORVENIR S.A. dado que es la administradora en la cual se encuentra afiliada en la actualidad. Declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas a las demandadas.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión, la demandada PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia de primer grado, aduciendo que no existen motivaciones fácticas y jurídicas que soporten la declaratoria de la ineficacia del acto jurídico mediante el cual la demandante se trasladó de régimen pensional, pues la decisión fue libre y voluntaria y con el cumplimiento de todos los requisitos establecidos por las normas vigentes para la época, de lo cual da cuenta la suscripción del formulario de afiliación, además el traslado inicial de régimen no se dio en inicio con ese fondo, luego, el traslado horizontal realizado en 2008 cumple con los presupuestos del artículo 112 de la Ley 100 de 1993.

En cuanto a la devolución de los gastos de administración y seguros de invalidez y sobrevivencia, dijo que no es coherente que se declare la ineficacia en unos efectos *ex tunc* en unos sentidos y en otros no, pues la aplicación de dicha figura conlleva a que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás. Además, refirió que los frutos o rendimiento financieros generados por la administración de los recursos de la demandante, son privativos del RAIS, luego, dejan a la demandante en una posición diferente a la que se encontraría al permanecer en el RPMPD pues obtendría dineros que no se generaron en ese régimen pensional, en clara confrontación con lo establecido en el artículo 897 del C.Com.

Asimismo, en lo que respecta a los gastos de administración estos tienen una designación legal especifica, que en el presente cumplió su cometido en el periodo en el cual la demandante ha estado vinculada con ese régimen , por ende, las sumas fueron legalmente invertidas en la forma en que exige la ley y ya no se encuentran en poder de ese fondo, pues fueron destinadas a cubrir todos los gastos que implica la correcta utilización de los recursos aportados a la cuenta de ahorro individual de la demandante. Adicionalmente, los gastos de administración se encuentran regulados en el artículo 7 del Decreto 3925 de 2008 por tanto no deben trasladarse. En cuanto a los seguros de invalidez y sobrevivencia, señaló que fueron trasladados a las respectivas aseguradoras contratadas por esa administradora para cubrir los riesgos de invalidez y muerte, es decir, que fueron invertidos conforme lo dispone la ley por lo que no es viable su devolución.

Por su parte, COLPENSIONES en su alzada indicó que la sentencia de instancia no es congruente, ya que esa entidad no participó en el negocio jurídico realizado entre la demandante y las AFP accionadas, por ende, no debe asumir las consecuencias del traslado hacia el RAIS con una carga prestacional que no ha sido efectiva, además, existe una prohibición legal establecida en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993; consideraciones por las cuales no se le debe condenar en costas, pues no era su obligación hacer una doble asesoría, además el formulario de afiliación es prueba de la información que se le suministro al momento del traslado.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional que realizó la demandante.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia el accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho

irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *"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".*

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *"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 en 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. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto", criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

> *"[…] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante".*

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

> *"Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que 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 ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, o si se trasladó de manera horizontal, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que efectuó la actora el 15 de abril de 1999 con PENSIONAR hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. (Fls. 32 – Archivo

08), efectiva a partir del 1º de junio de esa misma anualidad como se aprecia de la certificación del SIAFP (Fls. 62 - Archivo 09), formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *"Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado".*

Advirtiéndose que no obra en el plenario, probanza diferente a la enunciada que permita colegir que a la actora se le informó sobre la ventajas, características y diferencias de ambos regímenes pensionales. Por otra parte, en el interrogatorio de parte que ésta depuso, no se advierte que haya confesado estar debidamente informada en el momento de la afiliación, pues adujo que en el año 1999 los asesores de SKANDIA dieron una charla grupal indicando que el I.S.S. se iba a acabar y que era mejor pasarse a un fondo privado, porque de no ser así se perderían sus aportes; luego, luce palmario que en ningún momento advirtió de las situaciones propias de cada régimen pensional, como tampoco las características, ventajas y desventajas de cada uno.

Ahora bien, tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *"la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:*

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de**	**Contenido mínimo y alcance del deber de información**

	pensiones a dar información	
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa No. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado a la gestora para el año 1999, una *"Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*".

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón a la falladora de instancia al declarar la ineficacia del traslado, dado que la AFP no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen.

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración, aspecto objeto de inconformidad de la demandada PORVENIR en su disenso, se memora que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló al respecto:

> *"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."*

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

> *"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 COLFONDOSS.A. Deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales".*

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión, luego, acorde con tales consideraciones resultan imprósperos los argumentos esbozados por PORVENIR S.A.

Respecto a una posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera, al que alude COLPENSIONES en su apelación, debe indicarse que, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación

Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha señalado sobre el particular:

> *"Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».*
>
> *"Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por COLPENSIONES, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.*
>
> *"Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»".*

En igual sentir, en sentencia SL 1440 del 2021, se estipuló y dejo sentada la línea jurisprudencial de la siguiente manera:

> *"Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que PORVENIR S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a COLPENSIONES, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.*

"Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

"En esa línea, esta Sala de casación ha insistido en el traslado de los gastos de administración como efecto de la ineficacia, así se señaló en la sentencia CSJ SL 2877-2020:

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

"Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.

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

> *"En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a COLPENSIONES de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional."*

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiara, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas del accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *"la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible […] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción".*

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se predica de la pretensión consecuencial de la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.

En lo atinente a la inconformidad que presenta COLPENSIONES respecto a la condena en costas impuestas en primera instancia, debe indicarse que el

artículo 365 del C.G.P., aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., establece la imposición de esta figura para la parte vencida en juicio, luego, al haber sido evidente que esa accionada se opuso a las pretensiones de la demanda, es claro para la Sala la prosperidad de la condena en costas, pues resulta evidente que dicha encartada fue vencida en juicio. En efecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2461-2021, Radicación No. 82211 del 8 de junio de 2021, señaló:

> *"Por último, en cuanto a las costas, basta remitirse al artículo 392 del CPC, hoy 365 del CGP, norma a la que se acude por remisión expresa del artículo 145 del CPTSS, para rectificar que tal condena procede frente a la parte vencida en el litigio o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación. súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.*
>
> *"En tal virtud, como en primera instancia la vencida en juicio fue la accionada, en cuanto prosperó la pretensión subsidiaria de pagar la devolución de saldos y a ella se opuso dicha entidad al contestar el libelo inicial, la decisión del Juzgado de condenarla en costas se ajusta a derecho; máxime que se trata de un imperativo legal o causa objetiva, lo que implica que se impone tal condena a la parte vencida, sin que sea necesario entrar a analizar el actuar el perjudicado o la razón".*

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

> *"Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada PORVENIR S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020).*
>
> *"De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de PORVENIR S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.*

Así las cosas, se adicionará y modificará la orden emitida en primera instancia, recogiendo cualquier criterio expuesto con anterioridad sobre el particular.

SIN COSTAS en esta instancia.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA 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: ADICIONAR Y MODIFICAR los numerales primero y segundo de la sentencia proferida el 15 de julio de 2022, por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, a fin de disponer:

SEGUNDO: DEJAR SIN EFECTOS la afiliación efectuada y en consecuencia **CONDENAR** a la demandada PORVENIR S.A., a que transfiera todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto a las sumas correspondientes rendimientos y comisiones por administración indexados a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES). La citada AFP también deberá devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

De la misma forma, deberá proceder la demandada SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. frente a la devolución a COLPENSIONES de los gastos de administración de los aportes efectuados por el demandante mientras estuvo afiliado a esa administradora.

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

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN **CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR**
Magistrado **Magistrado**

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

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **29 2021 00050 01**
Demandante:	MARIA EUGENIA CALLE SANCHEZ en condición de guardadora de JULIANA CALLE SANCHEZ
Demandado:	COLPENSIONES
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES, a la abogada ALIDA DEL PILAR MATÉUS CIFUENTES, identificada con cédula de ciudadanía 37.627.008 y T.P. 221.228 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada COLPENSIONES en contra de la sentencia proferida el 3 de junio de 2022 por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., el proceso se estudiará en el grado jurisdicción de consulta a favor de COLPENSIONES en cuanto la decisión de primer grado fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora MARIA EUGENIA CALLE SANCHEZ en condición de guardadora de su hermana JULIANA CALLE SANCHEZ promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, con la finalidad que se declare que la entidad demandada debe reconocer y pagar a JULIANA CALLE SANCHEZ la pensión de sobrevivientes en su calidad de hija del causante GILDARDO MAURO CALLE RAMIREZ, a partir del día 23 de enero de 2017. Igualmente, solicita se declare que JULIANA CALLE SANCHEZ presenta una PCL del 80% con fecha de estructuración de 8 de agosto de 1984, según dictamen No. 2983 proferido por la encartada el 30 de mayo de 2019.

Como consecuencia de tales declaraciones, pretende se condene a la convocada a juicio a pagar a favor de la demandante el retroactivo pensional por concepto de mesadas pensionales a partir del 23 de enero de 2017 y hasta que se verifique el pago total de la obligación con los incrementos de ley, más los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, causados desde el reconocimiento y hasta que se sufrague la obligación; además se condene al pago de la indexación de las sumas adeudadas, se condene al pago de las costas y agencias en derecho, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra* y *extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como sustento de sus pretensiones, adujo que el señor GILDARDO MAURO CALLE RAMIREZ falleció el 23 de enero de 2017 en la ciudad de Bogotá por causas de origen no profesional, y que el 29 de noviembre de 2019 mediante apoderada elevó solicitud de pensión de sobrevivientes ante la demandada a favor de JULIANA CALLE SANCHEZ, quien es hija del causante y presenta una PCL del 80%, con fecha de estructuración del 8 de agosto de 1984, siendo diagnosticada con retraso mental moderado, deterioro del comportamiento nulo y síndrome de Down no especificado, según dictamen proferido por COLPENSIONES el 30 de mayo del mismo año.

Acorde con lo anterior, adujo que dicha prestación fue denegada por la pasiva mediante Resolución SUB-2601 del 8 de enero de 2020, argumentando que el

causante no acreditó 50 semanas cotizadas dentro de los últimos tres años anteriores a su deceso. Inconforme con tal decisión, expuso que interpuso recurso de apelación el 23 de enero de 2020, ya que la entidad omitió contabilizar los ciclos de aportes pagados en forma extemporánea por el empleador SERVICIOS INTEGRALES Y TEMPORALES SIT LTDA. y los aportes simultáneos descontados, lo que de incluirse generaría un total de 1038.43 semanas válidas para pensión, recurso que fue desatado por la demandada mediante Resolución DIR-5358 de 6 de abril de 2020, en la que negó el derecho pretendido y confirmó la Resolución objeto de reproche.

De otro lado, indicó que el señor GILDARDO MAURO CALLE RAMÍREZ, en su calidad de trabajador dependiente e independiente canceló y le fueron descontados a través de varios empleadores los aportes para los riesgos de invalidez, vejez y muerte al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones ante el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, hoy COLPENSIONES, desde el 1º de enero de 1970 hasta septiembre de 2006, alcanzado un total de 824 semanas, según su historia laboral.

De la misma forma, relató que el empleador SERVICIOS INTEGRALES Y TEMPORALES SIT LTDA., con NIT. 830081174-0, pagó de forma extemporánea al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES el 16 de marzo de 2011, a través de la Planilla de Autoliquidación Mensual de Aportes la seguridad social en pensiones de su extrabajador CALLE RAMÍREZ, por los ciclos comprendidos entre el 1º de octubre de 1999 y el 31 de diciembre de 2002, lapso que equivale a 167,14 semanas válidas para pensión, ciclos que se encuentran cargados en la historia laboral del asegurado, más no han sido sumados.

Adicionalmente, asegura que las semanas cotizadas que figuran en la historia laboral del asegurado corresponden a 871 y no 824, dado que se presentan inconsistencias en la sumatoria, pues la enjuiciada descontó dos veces 47,43 semanas por ser simultaneas, en el periodo comprendido entre el 3 de abril de 1972 y el 28 de enero de 1973, disminuyendo así las semanas del causante.

Además, refiere que al causante a través de la Resolución No. 15460 del 27 de abril de 2012, le fue denegada la pensión de vejez el 12 de julio de 2011, por

no contar con las semanas de ley para su otorgamiento, pues solo contabilizó 857 semanas, sin validar las semanas pagadas en forma extemporánea por el empleador SERVICIOS INTEGRALES Y TEMPORALES SIT LTDA., que equivalen a 167,14 lo que arroja un total de 1024.14 semanas, las cuales le otorgaban el derecho para acceder a la prestación solicitada.

Más aún, cuando se había solicitado la corrección de la historia laboral, según comunicación de COLPENSIONES de 16 de octubre de 2016 con radicado BZ2016_12266133_2704422, sin que exista un pronunciamiento al respecto, misma corrección que solicitó la guardadora de JULIANA CALLE SANCHEZ el 8 de febrero de 2019.

Ante lo cual, el Director de Historia Laboral de COLPENSIONES el 6 de marzo de 2019 contestó que los ciclos comprendidos del 1º de octubre al 31 de enero de 1999, 2000-01 al 2000-12, 2001-01 al 20001-12, 2002-01 al 2002 -12, fueron cancelados por el empleador SERVICIOS INTEGRALES Y TEMPORALES SIT LTDA. de manera extemporánea en marzo de 2011, fecha para lo cual no tenía relación laboral con dicho empleador, de modo que los ciclos solicitados no se contabilizan en la historia laboral.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contra, aduciendo que el causante cumplió 60 años el 4 de noviembre de 2006, alcanzando 417 semanas durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad y 708 semanas hasta el 31 de julio de 2010; luego, no alcanzó ni las 500 o las 1000 semanas exigidas por el Decreto 758 de 1990, por lo que no procede el reconocimiento de la prestación pensional de vejez.

De la misma forma, adujo que el señor GILDARDO MAURO CALLE RAMÍREZ, no cotizó 50 semanas dentro de los 3 últimos años inmediatamente anteriores a la fecha de su deceso, de acuerdo con lo previsto en el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, por lo que no procede el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes. De otro lado,

tampoco procede la aplicación de la condición más beneficiosa en virtud de lo dispuesto en el Decreto 758 de 1990, pues el deceso ocurrió el 23 de enero de 2017, es decir, en vigencia de la Ley 797 de 2003.

Propuso como excepciones de mérito las de prescripción y caducidad, existencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, imposibilidad de condena en costas y la declaratoria de otras excepciones.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 3 de junio de 2022, condenó a COLPENSIONES, a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes a favor de JULIANA CALLE SANCHEZ, quien se encuentra representada legalmente por la señora MARIA EUGENCIA CALLE SANCHEZ en calidad de guardadora, en condición de hija del causante GILDARDO MAURO CALLE RAMIREZ, a partir del 23 de enero de 2017, en cuantía de 1 SMLMV, el que para el 2017 correspondía a la suma de $737.717 y que para 2022 asciende a $1.000.000. Condenó a la demandada a pagar el retroactivo pensional desde el 23 de enero de 2017, de manera indexada y hasta la fecha en que sea incluida en nómina, a razón de 14 mesadas al año. Por último, declaró no probada la excepción de prescripción, y condenó en costas al extremo pasivo y absolvió de las demás pretensiones a la enjuiciada.

Para arribar a esa conclusión indicó que, no estaba en discusión la calidad de afiliado del señor GILDARDO MAURO CALLE RAMIREZ, lo cual se corrobora con la Historia Laboral que obra en el plenario y el hecho que falleció el 23 de enero del 2017, según consta en el Registro Civil de Defunción que se allegó con la demanda, tampoco la calidad de hija del causante de la reclamante JULIANA CALLE SÁNCHEZ, lo que se colige del Registro Civil de Nacimiento, además de la PCL equivalente al 80%, con fecha de estructuración del 8 de agosto de 1984, es decir, desde la fecha de su nacimiento, según se indica en el dictamen realizado el 21 de febrero del 2018.

De cara a lo anterior, sostuvo que en el presente asunto se debía analizar si el causante al momento de su fallecimiento dejó consolidado el derecho a la pensión de vejez, y en segundo lugar si la demandante acreditó los requisitos para tener el derecho de la pensión de sobrevivientes.

Así las cosas, expuso que de acuerdo con la Historia Laboral aportada el expediente, se observa que el causante laboró en el sector púbico y en el sector privado, pues se demostró que laboró para el MINISTERIO DE TELECOMUNICACIONES a partir del 3 de abril de 1972 hasta el 21 de mayo de 1975, según certificación emitida por el MINISTERIO DE LAS TECNOLOGÍAS Y DE LAS TELECOMUNICACIONES en el que además se indica que estaba afiliado a CAPRECOM.

Igualmente, en Resolución SUB2601 de 2020 se acepta que el afiliado había cotizado al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y a CAPRECOM un total 822 semanas. De la misma forma, quedó demostrado de acuerdo con la Historia Laboral que obra en el expediente, que la empresa SERVICIOS INTEGRALES, con NIT 830.081.174 efectuó cotizaciones a favor del causante del 1º al 31 de diciembre del 1996. Asimismo, aparecen los comprobantes de pago realizados por dicha empresa por los periodos del 04/1996 a 12/1996 y 10/1999 al 12/1999/12, del 01/2000 al 12/2000, del 01/2001 al 12/2001 y del 01/2002 al 12/2002, pagos que fueron recibidos por parte de COLPENSIONES, pues así aparece consignado en la historia laboral; además, se puede ver que el demandante fue afiliado por parte de SERVICIOS INTEGRALES TEMPORALES al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, en su momento.

En esa medida, y teniendo en cuenta que esos pagos son totalmente válidos, pues no obra novedad de retiro del demandante por parte de esta empresa, y fueron recibidos y aceptados por COLPENSIONES. Se tiene que el causante contaba con 708 semanas de cotizaciones a COLPENSIONES por parte del sector privado, 158.3 semanas en el sector público cotizadas a través de CAPRECOM y 205.2 semanas que fueron canceladas por SERVICIOS INTEGRALES TEMPORALES, para un total de 1072.65 semanas.

Acorde con lo anterior, expuso que el afiliado a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con 47 años , ya que nació el 4 de noviembre de 1946, es decir, que en inicio era beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el cual fue modificado por el Acto Legislativo 01 de 2005 el cual puso fin a ese régimen a partir del 31 de junio del 2010, sin embargo, en el caso de marras, dicho Acto Legislativo no afecta en nada las condiciones pensionales del causante, como quiera que cumplió la edad de 60 años, el 4 de noviembre del 2006, calenda para la cual ya contaba más de 1000 semanas, luego, se puede acudir al artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, que exige para pensionarse en el caso de los hombres haber cumplido 60 años de edad y haber cotizado 1000 semanas en cualquier tiempo o 500 semanas durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad.

Requisitos estos últimos que acreditaba el causante, pues era posible sumar los tiempos públicos y privados para el reconocimiento pensional, de acuerdo con lo establecido en la sentencia SU-769 de 2014 y a la sentencia SL1981 de 2020, para reconocer la pensión de vejez bajo los postulados del Acuerdo 049 de 1990, ello, si en gracia de discusión se aceptara que no se cumplieron los requisitos de la ley 71 del 1988.

Así entonces, de las pruebas recaudadas concluyó que el afiliado dejó causado el derecho a la pensión de vejez, y además en el *sub-examine* se acreditó la condición de beneficiaria de la reclamante de la pensión de sobrevivientes, la cual por su condición de discapacidad dependía de su progenitor, quien dejó causada la pensión de vejez en un número superior a las semanas que se requieren para la pensión de sobrevivientes, por lo que es aplicable lo preceptuado en los artículos 13, 48, 49 y 53 de la Constitución Política para reconocer la pensión de sobrevivientes que aquí se reclama.

De otro lado, dijo que no operó el fenómeno prescriptivo, conforme lo previsto en los artículos 488 y 489 del C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S., dado que el causante falleció el 23 de enero del 2017 y la reclamación administrativa se elevó el 29 de noviembre del 2019, siendo la demanda radicada el 4 de febrero del 2021.

En lo atinente a los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, indicó que no procedían como quiera que existía duda razonable en el esclarecimiento del caso, al no acreditarse los requisitos de ley y existir aportes en mora. Sin embargo, ordenó la indexación del retroactivo.

Por último, expuso que el causante para el año 2006 ya había acreditado los requisitos para el reconocimiento de la pensión de vejez, por lo que la pensión de sobrevivientes procedía a razón de 14 mesadas.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión COLPENSIONES la apeló, solicitando se revoque la sentencia de primer grado, toda vez que el señor GIRALDO MAURO CALLE RAMÍREZ falleció el 23 de enero del 2017, de modo que, su deceso se dio en vigencia de la Ley 797 de 2003 la cual exige 50 semanas cotizadas dentro de los últimos tres años anteriores al fallecimiento del causante, para que sus beneficiarios puedan disfrutar de una pensión de sobrevivientes, situación que en este caso no sé acreditó.

Adicionalmente, solicita se revoque la condena en costas dado que COLPENSIONES actuó de buena fe, o en total convencimiento de aplicar las normas que eran vigentes para el caso concreto y en cumplimiento de sus obligaciones legales.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales en legal forma y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá auscultar si el señor GILDARDO MAURO CALLE RAMIREZ dejó causada la pensión de vejez, en caso positivo, deberá verificarse si JULIANA CALLE SANCHEZ en calidad de hija inválida es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes.

c. De la Calidad de Afiliado del Causante:

Descendiendo al *sub-examine,* se advierte que no fue objeto de discusión que el señor GILDARDO MAURO CALLE RAMIREZ falleció el día 23 de enero de 2017, tal como da cuenta el Registro Civil de Defunción (Fl. 67 archivo 001), tampoco su calidad de afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por la demandada COLPENSIONES, desde es el 1º de enero de 1970 según se colige del Reporte de Semanas Cotizadas en Pensiones, expedido por dicha entidad el 9 de septiembre de 2021, histórico del cual se advierte que cuenta con un total de 708 semanas cotizadas de manera interrumpida entre el 1º de enero de 1970 al 31 de mayo de 2006. (Archivo 008).

De otra parte, tampoco se evidencia controversia respecto a que la hija del causante, JULIANA CALLE SANCHEZ fue calificada con una PCL del 80% de origen común, con fecha de estructuración del 8 de agosto de 1984, es decir, desde su nacimiento, a razón de los diagnósticos de retardo mental moderado: con deterioro del comportamiento nulo o mínimo y Síndrome de Down, no especificado; conforme se colige del Dictamen emitido por COLPENSIONES el 30 de mayo de 2019 (Fls. 56 a 60 y 69 a 70 - Archivo 001). Y que comparece al proceso a través de su guardadora, señora MARÍA EUGENIA CALLE SÁNCHEZ (Fls. 78 a 87 archivo 001).

d. De la Imputación de Periodos:

Aduce la parte actora que mediante Resolución No. 15460 de 27 de abril de 2012, la pasiva negó la pensión de vejez al causante, por no contar con las semanas requeridas para su otorgamiento, dado que solo contabilizó 857 semanas, sin validar las semanas pagadas en forma extemporánea por el

empleador SERVICIOS INTEGRALES Y TEMPORALES SIT LTDA., las que equivalen a 167,14, con las cuales alcanzaría un total de 1024.14 semanas. De la misma forma, refirió la activa que también se denegó la pensión de sobrevivientes mediante Resolución SUB2601 del 8 de enero de 2020, aduciendo que el causante no contaba con 50 semanas cotizadas en los tres años anteriores al deceso.

Al desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de dicha decisión, la entidad adujo en Resolución DPE 5358 del 6 de abril de 2020, que mediante requerimiento interno No. 2020_2050797 solicitó la corrección de la historia laboral elevada, respecto de los ciclos pagados de forma extemporánea por el empleador SERVICIOS INTEGRALES Y TEMPORALES SIT LTDA., equivalentes a 167.4 semanas, ante lo cual la Dirección de Historia Laboral señaló que se "*instanció RI mediante BZG 2020_2132422 en el que se informa Deberá aportar formulario de afiliación para los ciclos solicitados, o de lo contrario calculo actuarial, fallo/sentencia que dio lugar a pagos extemporáneos"* (Fls. 31 a 40 archivo 001 y archivo 008).

Asimismo, en comunicación dirigida al afiliado el 6 de marzo de 2019, se le indicó que el empleador SERVICIOS INTEGRALES Y TEMPORALES SIT LTDA., canceló lo ciclos de octubre a diciembre de 1999, enero a diciembre de 2000, enero a diciembre de 2001 y enero a diciembre de 2002 de forma extemporánea en marzo de 2011, fecha para la cual no tenía relación laboral con dicho empleador, razón por la cual dichos ciclos no serían contabilizados en su historia laboral, por ende, para solucionar dicha inconsistencia le sugieren requerir al empleador la copia de la de la liquidación de la reserva actuarial con pago expedido por el ISS o COLPENSIONES, y una vez cuente con dicho documento lo podría radicar en los puntos de atención.

Además, se le informó que en caso de no contar con esa información el empleador debe solicitar la devolución de los aportes y posteriormente solicitar el cálculo actuarial a COLPENSIONES de dichos aportes para ser aplicados a la Historia Laboral. (Archivo denominado *GRP-COM-DF-2019_1772328-20190306122503.pdf* – Archivo 008). Misma información que ya se le había brindado al demandante en comunicación adiada el 18 de noviembre de 2016, en la que además se indica que también se encontró pago

extemporáneo por el periodo de abril a diciembre de 1996 (Archivo denominado GEN-RES-CO_2016_12266133_20161123.pdf – Archivo 008).

Bajo ese escenario, y en relación con la inconformidad planteada por la parte actora en el libelo demandatorio respecto de la falta de imputación en la historia laboral del causante de los periodos anteriormente referidos, dado que no se registra afiliación en la relación laboral para el periodo de pago, debe memorarse que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1078-2021 con Radicación No. 73820 de 3 de marzo de 2021, expuso sobre la diferencia entre la mora patronal y la falta de afiliación, lo siguiente:

> *"En la primera (la mora), la consecuencia de la conducta del empleador no se traslada al afiliado, si antes no se acredita que la administradora adelantó las gestiones de cobro correspondientes, mientras que, ante la ausencia, omisión o inactividad de la afiliación originada por el empleador que apareja la falta de comunicación de ingreso al sistema, el empleador debe asumir el pago de las cotizaciones correspondientes al periodo omitido, a través del denominado cálculo actuarial o título pensional, que es el mecanismo legal que refiere el art. 33 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL3004-2020).*
>
> *"En el caso de la no afiliación, la Corporación enseña que esta circunstancia no puede equipararse a la mora, pues no resulta comparable la situación del empleador que afilia a sus trabajadores e incumple el pago de algunos periodos con quien no comunica su ingreso al sistema, ya que el empleador debe asumir el pago de las prestaciones que le hubieran correspondido a las administradoras en caso de afiliación. Este último aspecto ha sido morigerado y actualmente, entre otras razones, con motivo de la entrada en vigencia del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, reglamentado por el Decreto 3798 de ese mismo año, se admite la inclusión de estos tiempos pese a no existir afiliación, siempre que se traslade el cálculo actuarial que los represente, en cuyo caso el sistema debe asumir el pago de la prestación y, además, se reúnan los requisitos mínimos exigidos para la correspondiente prestación. (CSJ SL 5058-2020, 3661-2020). Al respecto, también se pueden consultar las siguientes sentencias citadas, en providencia anterior, CSJ SL, 22 jul. 2008, rad. 34270, reiterada, entre otras, en las CSJ SL, 17 may. 2011, rad. 38622; CSJ SL, 13 feb. 2013, rad. 43839; y CSJ SL, 15 may. 2013, rad. 41802."*

Adicionalmente, en sentencia SL3304-2021, Radicación No. 83101 de 4 de agosto de 2021, la Alta Corporación ha señalado sobre los efectos de la falta de afiliación, en tratándose de pensiones de sobrevivientes, que:

"Sobre la asunción del riesgo por parte del empleador, cuando no se subrogó el riesgo como consecuencia de la falta de afiliación, el fallo CSJ SL4103-2017, reiterado en CSJSL21506-2017, explicó:

"[…] de acuerdo con la estructura del sistema de seguridad social, en el régimen de prima media, la pensión de vejez puede ser adquirida luego de la reunión de un gran número de aportes y del acopio del capital necesario para financiarla – 20 años de aportes, o más de 1000 semanas dependiendo de cada caso -, mientras que la pensión de sobrevivientes puede ser causada, en este caso, con un mínimo de 26 semanas cotizadas – artículo 46 de la Ley 100 de 1993, en su redacción original -, de manera que su financiación depende más de la filosofía solidaria del régimen y no del acopio de tiempos y capital para ello.

"[…]

"En los dos casos, si el trabajador está debidamente afiliado, las administradoras de pensiones pueden prever razonablemente la realización de los riesgos, gestionarlos y adoptar medidas para la financiación de las prestaciones, a través de las reservas respectivas o de la contratación de los seguros correspondientes (artículo 6 del Decreto 832 de 1996). Contrario sensu, si el trabajador no ha estado afiliado y no se tiene noticia de la prestación de sus servicios, ni se ha adelantado algún trámite de convalidación de tiempos, los riesgos se tornan imprevisibles para la aseguradora, imposibles de gestionar y, a la postre, de financiar, por no haberse podido conservar reservas o contratar seguros.

"Así las cosas, se repite, las pensiones de vejez se conciben en función de la conformación de un mínimo de capital, respecto del cual la integración de aportes del empleador omiso encuentra pleno sentido, mientras que las pensiones de sobrevivientes se conciben en función de un aseguramiento del riesgo, respecto del cual la integración de aportes no tiene la misma funcionalidad ni puede producir las mismas consecuencias. Por esa razón, la orientación jurisprudencial que defiende el pago de cálculos actuariales y la responsabilidad de las administradoras de pensiones, a la que se hizo alusión, no puede ser irrestrictamente aplicable en tratándose de pensiones de sobrevivientes.

"Es por ello que, en tratándose de una prestación definida en función del aseguramiento del riesgo, como la pensión de sobrevivientes, para la Corte resulta trascendental que, antes de asumir las prestaciones correspondientes a la realización del riesgo, las entidades de seguridad social hubieran contado con la posibilidad de gestionarlo, lo que solo se logra con la afiliación oportuna del trabajador o, en subsidio, con algún trámite de convalidación de los tiempos servidos, pero con antelación a que se concrete el riesgo.

"[…]

"Con arreglo a lo anterior, para la Corte, en el caso específico de las pensiones de sobrevivientes, la subrogación del riesgo pensional en el Instituto de Seguros Sociales, por la vía de la convalidación de tiempos servidos y no cotizados, a través de cálculo actuarial, solo resulta

admisible si dicho procedimiento es realizado en su integridad, antes de que se produzca el riesgo que da origen a la prestación, vale decir, la muerte […]".

"Como corolario de lo dicho, si el empleador omiso en la afiliación no realiza el trámite de convalidación de tiempos servidos, antes de la causación del riesgo de muerte, debe asumir el pago de la pensión de sobrevivientes reclamada, en aplicación de disposiciones como el artículo 8 del Decreto 1642 de 1995 y sentencias de esta Sala como la CSJ SL, 9 sep. 2009, rad. 35211

"[…]

"En ese sentido, la inexistencia del trámite de convalidación de tiempos ante el Instituto de Seguros Sociales, que se dejó sentado con anterioridad, efectivamente resultaba determinante a la hora de definir la legalidad de la sentencia gravada, pues, sin ello, en las condiciones que han sido descritas, el empleador debía asumir el pago de la pensión."

Acorde con lo anterior, y dado que no se allegó probanza alguna que permita tener certeza de la existencia del vínculo laboral y por ende, la omisión de la afiliación del causante con el empleador SERVICIOS INTEGRALES Y TEMPORALES SIT LTDA. de abril a diciembre de 1996 y de octubre de 1999 a diciembre de 2002, no es dable aplicar los pagos efectuados en marzo de 2011 a través de la planilla de Autoliquidación Mensual de Aportes, como si se tratara de un pago tardío de aportes, como lo pretendió hacer el empleador omiso, quien no realizó la respectiva convalidación de tiempos a través del respectivo cálculo actuarial, antes de ser aprobada la cuenta final de liquidacion de dicha sociedad el 24 de mayo de 2013, según se corrobora del Certificado de Carama de Comercio que se aporta al plenario (Fls. 88 a 90 archivo 001); reiterándose que no es viable tener en cuenta tales ciclos en el Reporte de Semanas Cotizadas a favor del causante, *a contrario sensu* de lo deducido por la Juez de instancia.

Así las cosas, se advierte que el señor GILDARDO MAURO CALLE RAMIREZ, cuenta con 708 semanas cotizadas en pensiones, según se extrae del Reporte de Semanas Cotizadas en Pensiones expedido por COLPENSIONES el 9 de septiembre de 2021 (Archivo 008) y 1.129 días que equivalen a 161.29 semanas de tiempos de servicios prestados al sector público a través del MINISTERIO DE COMUNICACIONES del 3 de abril de 1972 al 21 de mayo de 1975, según se indica en la resolución No. 15460 de 27 de abril de 2012 (Fls.

43 a 45 - archivo 001), de las cuales 46.86 corresponden a tiempos de servicios simultáneos con el empleador HACIENDA THESALIA, lo que permite únicamente contabilizar 114.43 semanas, alcanzado un total de 822.50 semanas cotizadas a pensión entre enero de 1970 a mayo de 2006.

e. De la Pensión de Sobrevivientes:

Precisado lo anterior, y dado que el causante GILDARDO MAURO CALLE RAMIREZ falleció el 23 de enero de 2017, se tiene que la normativa llamada a regir la presente controversia es la vigente al momento del deceso, según lo ha adoctrinado de manera reiterada la jurisprudencia del órgano de cierre de la especialidad laboral, entre otras, la sentencia SL2075-2021, Radicación No. 83457 del 19 de mayo de 2021.

Así las cosas, las normativas vigentes para la fecha del deceso se refieren a los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, los cuales modificaron los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993. Al respecto, imperioso resulta traer a colación lo dispuesto en el numeral 2º y el parágrafo 1º del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, el cual señala los requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes, así:

> ***"****Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:*
>
> *"[…]*
>
> *"2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando este hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento y se acrediten las siguientes condiciones:*
>
> *"a) <Literal INEXEQUIBLE>*
>
> *"b) <Literal INEXEQUIBLE>*
>
> *"PARÁGRAFO 1o. Cuando un afiliado haya cotizado el número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima en tiempo anterior a su fallecimiento, sin que haya tramitado o recibido una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o la devolución de saldos de que trata el artículo 66 de esta ley, los beneficiarios a que se refiere el numeral 2 de este artículo tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes, en los términos de esta ley.*

> *"El monto de la pensión para aquellos beneficiarios que, a partir de la vigencia de la Ley, cumplan con los requisitos establecidos en este parágrafo será del 80% del monto que le hubiera correspondido en una pensión de vejez".*

A su turno, el literal c) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, señala respecto de los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, lo siguiente:

> *"Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:*
>
> *"c) (…) los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuando hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993".*

No obstante lo anterior, debe precisarse que la Alta Corporación ha establecido que la norma vigente al momento de la muerte del causante no es la única senda para determinar si el afiliado dejó causada la pensión de sobrevivientes, así lo ilustra en sentencia SL3698-2021, Radicación No. 76288 del 10 de agosto 2021, en la que expone las tres opciones que existen, entre ellas, la referente al régimen de transición y la aplicación del Acuerdo 049 de 1990, así:

> *"Ahora bien, existen tres posibilidades para dejar causada la pensión de sobrevivientes tratándose de la muerte de un afiliado: i) que haya cotizado el mínimo de semanas exigido en la norma vigente al momento del deceso -a saber, 50 semanas en el trienio anterior al fallecimiento; ii) a través de la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, mediante el cual se permite analizar la procedencia de la prestación a la luz de la norma inmediatamente anterior a la que regula el caso -la Ley 100 de 1993, en su versión original, presupuesto que, de aplicarse, que tampoco cumple el causante, pues no acumuló 26 semanas en el último año anterior a su deceso, y, iii) que aquél hubiere cotizado el número de semanas exigido en el régimen de prima media (parágrafo primero del artículo 12 de la Ley 797 de 2003), de donde se infiere, sin lugar a dudas, la necesidad de revisar si aquél tendría o no derecho al régimen de transición."*
>
> *"[…]*
>
> *"iii) Ahora bien, descartadas las dos primeras hipótesis, la tercera opción que permitiría dejar causada la prestación reclamada es aquella consagrada en el parágrafo primero del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, el cual contempla la generación de la pensión de sobrevivientes cuando el afiliado fallecido «haya cotizado el número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima en tiempo anterior a su fallecimiento». De modo que, en principio, debe cumplir las exigencias del artículo 9 ibidem y, si es*

beneficiario de la transición, las previstas en el régimen anterior aplicable (CSJ SL7358-2014). Precisamente, en esta sentencia la Corte explicó:

"Así las cosas, conforme se anotó con antelación, debe entenderse que la alusión efectuada al número mínimo de semanas de que trata el parágrafo primero del artículo 12 de la Ley 797 de 2003 es el fijado por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, con las modificaciones que le hayan sido introducidas, entre otras, por la propia Ley 797 de 2003.

"Sin embargo, ello será así siempre y cuando que el afiliado no sea beneficiario del régimen de transición pensional del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues, en tal caso, y en tratándose de un afiliado al Seguro Social, por razón de los beneficios de ese régimen se le debe aplicar, en materia de densidad de cotizaciones, el régimen al cual se encontrara afiliado para el 1 de abril de 1994, que lo es el Acuerdo 049 de 1990, en particular su artículo 12, por así disponerlo el señalado artículo 36 de la Ley 100 de 1993."

"[…]

"Ahora, no es posible, como lo pretende la actora, la aplicación directa de las normas del Acuerdo 049 de 1990 que regularon la pensión de sobrevivientes, pues estas fueron derogadas por los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, los que, a su vez, fueron modificados por los artículos 12 y 13 de la Ley 797de 2003. Contrario a lo señalado por la recurrente, cuando el parágrafo 1 del artículo 12 de la Ley 797 de 2003 se refiere al número de semanas mínimo requerido en el régimen anterior al fallecimiento del causante, equivale a decir que debe acreditarse las que exige el sistema para acceder a la pensión de vejez, bien sea en el régimen general o en el de transición" (Subrayado fuera de texto).

Ahora bien, es del caso acortar que al analizar la viabilidad de la aplicación del régimen de transición, acorde con lo normado en el Acuerdo 049 de 1990, es necesario haber estado afiliado al sistema anterior con el que se pretenda alcanzar la prestación pensional, ya que es el que genera una expectativa legítima susceptible de protección legal, así se ha reseñado entre otras, en sentencia SL1304-2022, Radicación No. 74440, del 5 de abril de 2022.

f. Del caso en concreto:

De cara a lo anterior, y a fin de resolver el problema jurídico que concita la atención de la Sala, conviene examinar en inicio si el causante dejó causada la pensión de sobrevivientes, en esa medida se advierte que al haber ocurrido el deceso el 23 de enero de 2017, debía acreditar cincuenta (50) semanas de cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones en el último

trienio anterior al deceso, presupuesto que al verificar el Reporte de Semanas Cotizadas en Pensiones expedido por COLPENSIONES el 9 de septiembre de 2021, no se encuentra satisfecho, como quiera que la última cotización del afiliado fallecido data del mes de mayo de 2006 (Archivo 008), tal como lo expuso la pasiva en su alzada.

En cuanto a la segunda posibilidad a la que se hizo alusión en la jurisprudencia traída a colación anteriormente, es decir, bajo la égida de la condición más beneficiosa, debe precisarse que la misma implica la aplicación de la disposición inmediatamente anterior a la vigente al momento del fallecimiento; sin que sea posible hacer una búsqueda de legislaciones en la historia a fin de determinar cuál se ajustaría a las condiciones particulares del afiliado, dado que tal proceder desconocería que las leyes sociales son de aplicación inmediata y en principio rigen hacia futuro, tal como lo ha reiterado el órgano de cierre de esta jurisdicción.

Bajo ese supuesto, es menester acudir al artículo 46 de la ley 100 de 1993, norma anterior a la Ley 797 de 2003, precepto legal que conforme a lo dispuesto en sentencia SL4650-2017, Radicación No. 45262 de 25 de enero de 2017, la que plantea diferentes escenarios a tener en cuenta si el afiliado se encontraba o no cotizando al momento de la muerte, evidenciándose que el señor GILDARDO MAURO CALLE RAMIREZ no se encontraba cotizando al sistema general de pensiones a la fecha de su óbito, luego debía acreditar los siguientes requisitos: i) que el afiliado que no se encontrara cotizando al momento del cambio normativo, ii) que al 29 de enero de 2003 el afiliado no estuviese cotizando, iii) que hubiese aportado 26 semanas en el año que antecede a dicha data, es decir, entre el 29 de enero de 2002 y el 29 de enero de 2003, iv) que la muerte hubiese producido entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2006, v) que al momento del deceso no estuviese cotizando, y vi) que hubiese cotizado 26 semanas en el año que antecede al fallecimiento, exigencias que tampoco cumple el causante a cabalidad, dado que su muerte como ya se ha indicado se sucedió el 23 de enero de 2017 y no cuenta con semanas cotizadas en el año inmediatamente anterior al deceso.

Ahora bien, en tratándose de las condiciones que plantea el parágrafo del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, que establece que es dable reconocer la pensión de sobrevivientes a los beneficiarios del afiliado cuando haya cotizado el número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima en tiempo anterior a su fallecimiento, es decir, según lo normado en el artículo 33 de la Ley de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, el cual para el año 2006, calenda en la cual el causante cumplió la edad de 60 años, dado que nació el 4 de noviembre de 1946, exigía acreditar 1075 semanas, cúmulo de cotizaciones con las cuales no contaba, pues solo alcanzó 822.50 semanas, como se precisó anteriormente.

No obstante, huelga acotar que solo es factible acudir al escenario anteriormente referido, siempre que el afiliado no sea beneficiario del régimen de transición, el cual la falladora de primer grado encontró acreditado por parte del afiliado bajo los supuestos del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, al haber contabilizado 205.2 semanas sufragadas por la sociedad SERVICIOS INTEGRALES TEMPORALES, contabilizando un total de 1072.65 semanas.

Ahora bien, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, establece que la edad para acceder a la pensión de vejez continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres hasta el año 2014, fecha en la cual se incrementará en dos años para cada uno de los géneros referidos. Frente al tema específico de la transición, dicha disposición establece que para acceder a regímenes anteriores, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 debían acreditar alguno de los dos requisitos a saber: en el caso de los hombres cuarenta (40) años, o quince (15) años de servicios.

Requisitos que según el Parágrafo Transitorio 4º del Acto Legislativo 01 de 2005, consagró que en el caso del régimen de transición no podía extenderse más allá del 31 de julio de 2010, excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen tuviesen cotizadas 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia de dicho Acto Legislativo, es decir, para el 29 de julio de 2005, a los cuales se les mantendría la transitoriedad hasta el 31 de diciembre de 2014.

Palmario resulta entonces, que las personas que quisieran ostentar el régimen de transición con el fin de acceder a prerrogativas anteriores a la Ley 100 de 1993, como lo es el caso del Decreto 758 de 1990, era menester que acreditaran los requisitos hasta el 31 de julio de 2010, o para el 31 de diciembre de 2014, siempre y cuando en ese evento tuviesen 750 semanas de cotización al 29 de julio de 2005.

En el caso del causante, se tiene que nació el 4 de noviembre de 1946, por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 45 años de edad, de ahí que en principio sea beneficiario del régimen de transición por el requisito de la edad, pues a esa calenda tan solo contaba con 627.44, tiempo inferior a los 15 años de servicios dispuesto en la norma. En tal sentido, el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, prevé la pensión de vejez, para el caso de los hombres, cuando cumplan 60 años de edad y acrediten 500 semanas cotizadas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima o 1000 en cualquier tiempo.

Bajo esta perspectiva, claro es que el causante cumplió 60 años de edad el 4 de noviembre de 2006, ya que nació el mismo día y mes de 1946 como da cuenta la copia de su Registro Civil de Nacimiento (Fl. 68 archivo 001), requisito que adquirió con anterioridad al 31 de julio de 2010, sin embargo, en lo últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad solo cuenta con 209.22 semanas y tampoco alcanza 1000 semanas cotizadas en cualquier tiempo, pues se recuerda solo cuenta con 822.50 semanas; luego, tampoco dejó causada la pensión de vejez. Dicho esto, resulta inane ahondar en el estudio de los requisitos que debe avalar la hija del causante que se presenta a reclamar la prestación pensional de sobrevivientes.

Corolario de lo expuesto, no le queda otro camino a este Juez Colegiado que revocar la sentencia de primer grado, por las razones anteriormente referidas y absolver a la demandada de todas las pretensiones elevadas en su contra.

SIN COSTAS en esta instancia por no haberse causado, las de primera instancia a cargo de la parte demandante.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ,** administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR en su integridad la sentencia proferida el 3 de junio de 2022 por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera instancia estarán a cargo de la parte actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado
ACLARO VOTO

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **29 2021 00306 01**
Demandante:	CESAR AUGUSTO PERDOMO MONCALEANO
Demandado:	COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES, a la abogada ALIDA DEL PILAR MATÉUS CIFUENTES, identificada con cédula de ciudadanía 37.627.008 y T.P. 221.228 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante y la demandada COLPENSIONES en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve del Circuito de Bogotá del 21 de junio de 2022.

De igual manera, el presente proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor CESAR AUGUSTO PERDOMO MONCALEANO promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A. a fin que se declare la ineficacia de su vinculación en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio PORVENIR S.A. ocurrida en el año 1994.

Como consecuencia de lo anterior, se condene a PORVENIR S.A. devolver a COLPENSIONES todos los dineros de su cuenta de ahorro individual por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos financieros, gastos de administración debidamente indexados y demás valores causados con motivo de su afiliación. Asimismo, se ordene a esta última entidad a recibirlo en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, así como los dineros provenientes de PORVENIR SA, y que corrija su historia laboral una vez efectuado su retorno.

Por último, peticionó se le conceda lo demás que resulte probado según las facultades *ultra y extra petita.*

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que realizó cotizaciones al INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES desde el 15 de enero de 1979 hasta el 16 de agosto de 1994, luego se afilió al RAIS por medio de PORVENIR S.A. el 17 de agosto de 1994 y ha estado haciendo cotizaciones a tal fondo desde el mes de septiembre del año en comento hasta la actualidad.

Respecto de su traslado al RAIS manifestó que la AFP no le suministró información suficiente, clara, veraz y oportuna sobre las implicaciones de su traslado de régimen, pues se omitió ponerle de presente las características de ambos regímenes pensionales como los requisitos para acceder a la prestación pensional y de que dependería su mesada, la incidencia de su afiliación y su permanencia en el RAIS, las distintas modalidades de pensión en el Régimen Privado y no se le efectuó una proyección pensional se cuento seria su mesada en los dos regímenes.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PORVENIR S.A. contestó la demanda con oposición a las pretensiones argumentando que la afiliación del actor fue producto de una decisión libre e informada, como da cuenta el formulario de afiliación, en donde se observa la declaración escrita a la que refiere el artículo 114 de la ley 100 de 1993, además que dicho documento se presume auténtico según los artículos 243 y 244 del C.G.P. y el articulo 54 A del C.P.T. y de la S.S. De la misma manera, sostiene que no existe prueba de un vicio en el consentimiento para su vinculación o actos atentatorios de su derecho de libre escogencia de régimen, aunado a que ha estado más de 26 años en el fondo sin presentar inconformidad alguna y está inmerso en la prohibición legal para trasladarse.

También enfatizó en la no procedencia de los gastos de administración, no solo por la no declaración de la ineficacia del traslado de régimen, sino también porque estos rubros no financiarán la pensión del afiliado, además de ser estos de tracto sucesivo por la administración de la cuenta individual y no estar dispuestos en la devolución de dineros cuando se efectúa un traslado por ninguna norma, como lo señala la Superintendencia Financiera en concepto del 17 de enero de 2000.

Presentó los medios exceptivos de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y la genérica.

A su turno COLPENSIONES presentó contestación a la demanda con oposición a la totalidad de las pretensiones sosteniendo que en la vinculación con PORVENIR S.A., y consecuente traslado de régimen, fue bajo su derecho a la libre escogencia del mismo contemplado en el literal b del artículo 13 de la ley 100 de 1993, asimismo que no se evidencia vicio del consentimiento alguno en su afiliación al RAIS y por último que está inmerso en la prohibición legal para trasladarse de régimen pensional contenida en el artículo 2 de la ley 797 de 2003, el cual modificó el artículo 13 literal e de la ley 100 de 1993.

Propuso las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y declaratoria de otras excepciones.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 21 de junio de 2022 resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA*** *de la afiliación del señor* ***CESAR AUGUSTO PERDOMO MONCALEANO*** *identificado con C.C. N. 80.262.434, realizada ante el* ***FONDO DE CESANTIAS Y PENSIONES COLPATRIA*** *hoy* ***SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.,*** *el 10 de agosto de 1994, por los motivos expuestos. En consecuencia* ***DECLARAR*** *que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.*
>
> ***"SEGUNDO: ORDENAR*** *a la demandada* ***SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A****, a devolver a la* ***ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES*** *todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante* ***CESAR AUGUSTO PERDOMO MONCALEANO****, como cotizaciones y rendimientos, para lo cual se le concede el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia.*
>
> ***"TERCERO: ORDENAR*** *a la* ***ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES*** *a recibir de la* ***SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A*** *todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones y rendimientos que se hubieren causado y actualizar la historia laboral.*

Para arribar a dicha conclusión, la juzgadora de instancia expresó que la Corte Suprema de Justicia ha establecido un precedente jurisprudencial sobre la ineficacia del traslado del régimen pensional del cual se extraen ciertas reglas que se deben observar a la hora de analizar los distintos casos, siendo la primera de estas que el deber de información ha existido desde el año 1993 y este no puede ser cumplido solamente con la firma del formulario de afiliación, y la segunda que se invierte la carga de la prueba este estando a cargo de las AFP teniendo la obligación de

demostrar la información suministrada y necesaria para acreditar su deber dependiendo de la fecha en la que se produjo el traslado.

Descendiendo al caso en concreto, expresó que para el año de 1994 la administradora del RAIS debió ilustrar al demandante al menos las características, condiciones, accesos, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales según la jurisprudencia, es decir poner de presente la existencia de los dos regímenes pensionales, sus características, ventajas y desventajas de manera general teniendo en cuenta su condición especial, sin que fuese suficiente solamente informar 1 o 2 características sin que el afiliado entienda como podrá acceder a su pensión en el futuro.

De la anterior situación advirtió que no se cumple en el presente caso, dado que como pruebas obrantes se tiene solamente el formulario de afiliación y no se obtuvo confesión alguna del demandante en su interrogatorio de parte, pues solamente sabía algunas características del RAIS sin que se le hubiese puesto de presente información que le permitiese comparar ambos regímenes y tomar una decisión consciente.

De otro lado, enfatizó que si bien puede que las razones sean económicas para adelantar este tipo de procesos la finalidad del derecho pensional es precisamente acceder a una pensión, por ello es imperativo que al momento de afiliarse se le explique al ciudadano como se obtiene la prestación en cada régimen para que se pueda tomar una decisión informada y de acuerdo sus condiciones particulares.

Así con todo, declaró la ineficacia del traslado del demandante con PORVENIR S.A. en el año de 1994 con todos sus efectos excepto la devolución de los gastos de administración, al considerar que estos están fijados por la ley para ambos regímenes y en el RAIS están contemplados como contraprestación del manejo de la cuenta individual y generación de rendimientos, los cuales durante más de 20 años fue labor de PORVENIR S.A.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

La parte demandante interpuso recurso de apelación en contra de la decisión de primer grado respecto de la no devolución de los gastos de administración, pues menciona que según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, más precisamente en la sentencia SL3537-2021, desde el nacimiento del acto ineficaz los dineros por gastos de administración han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES, por ello solicita que se revoque ese aspecto de la sentencia emitida y se condene a PORVENIR S.A. a trasladar los gastos de administración a COLPENSIONES.

A su turno, COLPENSIONES presentó recurso de alzada en contra de la sentencia de primera instancia, solicitando que se ordene la devolución de la totalidad de las sumas que la misma jurisprudencia utilizada para fundamentar el fallo de primer grado contempla como lo son, además de los aportes, las cuotas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima, rendimientos, bonos pensionales, sumas por seguros previsionales y gastos de administración.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia el accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la

seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *"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".*

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *"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 en 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. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto", criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

> *"[…] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante".*

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

> *"Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que 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 ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportaron los formularios de afiliación suscritos con la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. de

fecha 17 de agosto de 1994 (Fl. 82 del archivo 006.) y el de fecha 25 de agosto de 1999 (Fl. 85 del archivo 006.), así como los realizados con HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. del 24 de junio de 1998 (Fl. 83 del archivo 006.) y el del 2 de marzo de 1999 (Fl. 84 del archivo 006.) en los cuales se refiere que la decisión es libre y voluntaria, no obstante, la Corte Suprema de Justicia ha sido reiterativa en indicar que no es prueba suficiente para afirmar que se le suministró al afiliado la información oportuna y veraz; así lo establece en la sentencia de tutela anteriormente citada: *"desde la sentencia CSJ SL, 09 Sep 2008, rad. 31989, la sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como <<la afiliación se hace libre y voluntaria>>, <<se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones>> u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado.*

Por otra parte, del interrogatorio de parte practicado al demandante se puede extraer que su motivación para trasladarse fue en medio del auge de los fondos privados de pensiones que, según su relato, se presentaban como una solución ante la inminente desaparición del INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES y la posible pérdida de sus aportes, por ello fue que decidió afiliarse a COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. porque ya había trabajado para ellos, que en la asesoría brindada por la AFP le informaron sobre la cuenta individual que tendría, la incidencia de los beneficiarios, los rendimientos que se generarían y el descuento por gastos de administración.

No obstante, si bien expuso el actor que conocía algunas características del RAIS y su afiliación había sido libre y voluntaria, no se puede colegir que confesó que la AFP cumpliera con el deber de información a su cargo, pues se omitió ponerle de presente las características del RPM, los efectos y riesgos de trasladarse de régimen, dado que como lo menciona no conocía los requisitos para pensionarse en el RPM, de que dependería su mesada ahí y solamente hasta 2011 supo que no podía trasladarse de régimen después de que le faltaran 10 años para cumplir la edad de pensión contando para ese año con 50 años aproximadamente, teniendo en cuenta

que nació el 21 de septiembre de 1961 como consta en la copia de su cedula de ciudadanía (Fl. 39 del archivo 001.)

Ahora bien, tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *"la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:*

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información**	**Contenido mínimo y alcance del deber de información**
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle

Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa No. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado al actor para el año 1994, una *"Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*".

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón a la falladora de instancia, teniendo en cuenta que la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. no acreditó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen.

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración, materia objeto de recurso de alzada por parte del demandante y COLPENSIONES, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

> *"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*
>
> *"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

> *"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".*

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión. Por lo tanto, se modificará la sentencia en este sentido y se ordenará a PORVENIR S.A. a devolver los gastos de administración que haya percibido con ocasión de la afiliación del demandante.

Respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera, debe indicarse que, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha señalado sobre el particular:

> *"Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».*
>
> *"Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de*

pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

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

En igual sentir, en sentencia SL 1440 del 2021, se estipuló y dejo sentada la línea jurisprudencial de la siguiente manera:

"Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que Porvenir S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a Colpensiones, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.

"Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a Colpensiones los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

"En esa línea, esta Sala de casación ha insistido en el traslado de los gastos de administración como efecto de la ineficacia, así se señaló en la sentencia CSJ SL 2877-2020:

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

"Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.

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

"En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional."

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiara, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos

e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas del accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *"la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible […] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción".*

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se predica de la pretensión consecuencial de la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

> *"Por tal razón, se impondrá la devolución a Colpensiones de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP Porvenir S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada Porvenir S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por Colpensiones (CSJ SL2877-2020).*
>
> *"De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de Porvenir S. A., que, además de los*

aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.

Así las cosas, se adicionará y modificará la orden emitida en primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron**.**

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA 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: ADICIONAR Y MODIFICAR los numerales primero y segundo de la sentencia proferida el 21 de junio de 2022 por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedará así:

SEGUNDO: DEJAR SIN EFECTOS la afiliación efectuada y en consecuencia CONDENAR a SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. a que transfiera todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto a las sumas correspondientes rendimientos y comisiones por administración indexados a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES). La citada AFP también deberá devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado

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

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **29 2021 00406 01**
Demandante:	JAVIER ALEJANDRO PEREIRA BARBOSA
Demandados:	COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES, a la abogada ALIDA DEL PILAR MATÉUS CIFUENTES, identificada con cédula de ciudadanía 37.627.008 y T.P. 221.228 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá el 11 de agosto de 2022.

De igual manera, el presente proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor JAVIER ALEJANDRO PEREIRA BARBOSA promovió demanda ordinaria en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., a fin de declararse la nulidad de traslado del Régimen de Prima con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad.

Por consiguiente, se ordene su traslado nuevamente al Régimen de Prima Media con Prestación Definida Administrado por COLPENSIONES, ordenando a su vez a PORVENIR S.A. el traslado de los aportes que reposan en su cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos debidamente indexados con destino a la referida COLPENSIONES, al pago de costas procesales y lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, mencionó que nació el 27 de mayo de 1968, iniciando sus cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones el 22 de julio de 1988.

Que en el año 1998 cuando se encontraba laborando al servicio de la G.M. COLMOTORES recibió un asesor de PORVENIR S.A. que lo persuadió de manera engañosa a efectos de que le autorizara a dicho fondo la administración de sus cesantías, pero sin llegar a pensar que los aportes realizados al sistema de pensiones también serían trasladados.

Refirió que PORVENIR S.A. al efectuar su afiliación no realizó la comparación entre una pensión en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y una del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ni le informó los beneficios e inconvenientes de trasladarse de régimen pensional, sumado a que los asesores de la AFP le aseguraron que el antiguo ISS sería liquidado, por lo que tendría mayor rentabilidad si se afiliaba en el régimen privado.

1.3 CONTESTACIONES DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición de las pretensiones formuladas en su contra. Para lo pertinente, argumentó que el aquí demandante realizó su traslado al régimen privado de conformidad con lo

establecido en el artículo 13, literal b de la Ley 100 de 1993, esto es, en ejercicio del derecho a su libre escogencia de régimen, prefiriendo en su caro en de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por PORVENIR S.A., sin observarse la existencia de algún vicio en el consentimiento como error, fuerza o dolo dentro de la afiliación realizada, al igual que en la actualidad se encuentra cubierto en la prohibición de trasladar sus aportes al Régimen de Prima Media con Prestación Definida de conformidad con lo establecido en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003.

Propuso las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y declaratoria de otras excepciones.

Por su parte PORVENIR S.A. argumentó que al demandante se le informó de manera completa y suficiente acerca de las características y beneficios que componían al RAIS para que tomara una decisión libre y voluntaria acerca del fondo que más se adaptara a sus intereses, y así efectuar su traslado de régimen pensional, haciéndose énfasis que se trataba de una vinculación en pensiones y no solo cesantías como lo señala el actor. Adicionalmente, señaló que solo fue hasta la expedición del Decreto 2555 de 2010, Decreto 2071 DE 2015 y la Ley 1748 de 2015 que las administradoras de fondo de pensiones adquirieron en su cabeza la obligación de asesoría e información tanto para sus afiliados como para el público en general.

Formuló como medios exceptivos los denominados prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 11 de agosto de 2022 resolvió:

*"**PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA** del traslado de régimen pensional que hiciere el **señor JAVIER ALEJANDRO FERREIRA BARBOSA** identificada con C.C. N. 91.257.388, ante la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, el 28 de marzo de 1998 con inicio de efectividad 01 de mayo de 1998, por los motivos expuestos. En consecuencia, **DECLARAR** que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.*

***SEGUNDO: ORDENAR** a la demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, a devolver a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante **JAVIER ALEJANDRO FERREIRA BARBOSA**, como cotizaciones, rendimientos y descuentos con destino al fondo de la garantía de la pensión mínima, para lo cual se le concede el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia.*

***TERCERO: ORDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** a recibir de **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación del actor, esto es, cotizaciones, rendimientos y descuentos con destino al fondo de la garantía de la pensión mínima que se hubieren causado y actualizar la historia laboral.*

***CUARTO: SIN CONDENA** en costas.*

***QUINTO: CONSULTAR** la presente sentencia en caso de no ser apelada por la parte demandada Colpensiones, en los términos del artículo 69 del CPT y de la SS."*

Para arribar a dicha conclusión, la *a-quo* indicó que, en atención la línea jurisprudencial emanada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia desde el año 2008, está en cabeza de las AFP acreditar para el momento de afiliación de sus afiliados, el suministro de una información completa como lo era las características de cada uno de los regímenes pensionales, las ventajas y desventajas de los mismos, así como también las características del régimen contrario, aunado al hecho que el órgano de cierre igual ha expuesto que la simple firma del formulario de afiliación no es prueba suficiente de un consentimiento informado, sino que debe corroborarse en juicio que este efectivamente se cumplió con las obligaciones que existían al momento de producirse el traslado, como quiera que en el transcurrir del tiempo normativamente se han venido imponiendo nuevas obligaciones a los fondos encargados de administrar las pensiones.

Que en tal sentido y, en atención de la carga de la prueba para con las AFP, dentro del plenario no aportó prueba clara, veraz y eficiente que permitiera advertir que PORVENIR S.A. brindó al actor una debida información al demandante, máxime si al plenario ni si quiera se aportó el correspondiente formulario de afiliación, ni confesión alguna por parte del demandante respecto a una debida asesoría.

Seguidamente, expuso que en lo que tiene que ver con los gastos de administración y el seguro provisional, se aparta de lo adoctrinado por la Corte Suprema de Justicia para su concesión, al considerar que durante los años en que se permanece en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se configuran unos hechos cumplidos que en muchas de las ocasiones tienen que ver con terceros que de buena fe participan por ministerio de la ley en lo que atañe al reconocimiento de las pensiones, más aún si los gastos de administración están señalados dentro de la misma Ley 100 de 1993, así como que el seguro previsional permite que se amparen las contingencias en el tiempo.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión COLPENSIONES la apeló. Argumentó en su alzada la inconformidad en lo que concierne que, ante la declaratoria de la ineficacia del traslado y ante lo decidido jurisprudencialmente por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, debe también devolverse al Régimen de Prima Media con Prestación Definida lo referente al pago de seguros provisionales y gastos de administración.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional que realizó el demandante.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia el accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las

condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *"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".*

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *"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 en 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. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto", criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

> *"[…] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante".*

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

> *"Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que 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 ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, o si se trasladó de manera horizontal, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso ni si quiera fue aportado por la demandada PORVENIR S.A. el formulario de afiliación que corrobore el traslado de régimen pensional del demandante. A pesar de ello, resalta la Sala que según se corrobora del certificado SIAFP emitido por ASOFONDOS (Fls. 24 a 25 – PDF 10 – CONTESTACIÓN PORVENIR S.A.), se aprecia que en efecto del actor señor JAVIER ALEJANDRO PEREIRA BARBOSA tuvo un cambio de régimen pensional por intermedio de la encartada PORVENIR S.A. el 28 de marzo de 1998, el cual se hizo efectivo a partir del 1º de mayo de esa misma anualidad.

Bajo esta óptica, si en gracia de discusión el formulario refiriese que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *"Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado".*

Por otra parte, en el interrogatorio de parte que depuso el demandante, no se colige que haya confesado estar debidamente informado en el momento de la afiliación, por el contrario, de su relato lo que se predijo fue que asesores de PORVENIR S.A. para el año 1998 estuvieron en las instalaciones del empleador de su entonces, indicando a todos los trabajadores, dentro de esos él, que el antiguo ISS sería liquidado, por lo que luce palmario que en ningún momento se le advirtió de las situaciones propias de cada régimen pensional, como tampoco las características, ventajas y desventajas de cada uno.

Ahora bien, tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *"la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido*

refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información**	**Contenido mínimo y alcance del deber de información**
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa No. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado al actor para el año 1998, una *"Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*".

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón a la falladora de instancia al declarar la ineficacia del traslado, dado que la AFP no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen.

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración y el seguro previsional, aspecto objeto de inconformidad de la demandada COLPENSIONES en su disenso, se memora que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló al respecto:

> *"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."*

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

> *"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 COLFONDOSS.A. Deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales".*

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión, luego, acorde

con tales consideraciones resultan imprósperos los argumentos esbozados por PORVENIR S.A.

Respecto a una posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera, debe indicarse que, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha señalado sobre el particular:

> *"Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».*
>
> *"Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por COLPENSIONES, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.*
>
> *"Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»".*

En igual sentir, en sentencia SL 1440 del 2021, se estipuló y dejo sentada la línea jurisprudencial de la siguiente manera:

"Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que PORVENIR S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a COLPENSIONES, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.

"Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

"En esa línea, esta Sala de casación ha insistido en el traslado de los gastos de administración como efecto de la ineficacia, así se señaló en la sentencia CSJ SL 2877-2020:

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

"Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.

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

"En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a COLPENSIONES de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional."

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiara, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas del accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *"la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible […] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción".*

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se

predica de la pretensión consecuencial de la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

> *"Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada PORVENIR S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020).*
>
> *"De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de PORVENIR S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.*

Así las cosas, se adicionará y modificará la orden emitida en primera instancia, recogiendo cualquier criterio expuesto con anterioridad sobre el particular.

SIN COSTAS en esta instancia atendiendo que el recurso interpuesto por COLPENSIONES gozó con vocación de prosperidad y fue la única que recurrió a la alzada.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA 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: ADICIONAR Y MODIFICAR los numerales primero, segundo y tercero de la sentencia proferida el 11 de agosto de 2022 por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, a fin de disponer:

SEGUNDO: DEJAR SIN EFECTOS la afiliación efectuada y en consecuencia **CONDENAR** a la demandada PORVENIR S.A., a que transfiera todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto a las sumas correspondientes rendimientos y comisiones por administración indexados a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES). La citada AFP también deberá devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

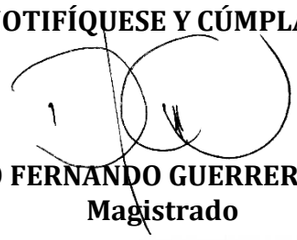
Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

De la misma forma, deberá proceder la demandada PORVENIR S.A. frente a la devolución a COLPENSIONES de los gastos de administración de los aportes efectuados por el demandante mientras estuvo afiliado a esa administradora, conforme se indicó en el numeral tercero de la sentencia de primer grado.

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

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia al considerar que no se causaron.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN **CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR**
Magistrado **Magistrado**

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

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **31 2021 00477 01**
Demandante:	ORLANDO MEJIA VARGAS
Demandado:	COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES, a la abogada ALIDA DEL PILAR MATÉUS CIFUENTES, identificada con cédula de ciudadanía 37.627.008 y T.P. 221.228 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno del Circuito de Bogotá del 21 de junio de 2022.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor ORLANDO MEJIA VARGAS promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. a fin que se declare la ineficacia

de su vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por medio de la última administradora mencionada.

Como consecuencia de lo anterior, se declare que siempre estuvo afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, se ordene a COLFONDOS S.A. a devolver los aportes efectuados a COLPENSIONES y lo demás que resulte probado conforme a las facultades *ultra y extra petita.*

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que nació el 10 de enero de 1964, que estuvo afiliado al INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES desde el año 1985 hasta 1994, anualidad en la que se trasladó a COLFONDOS S.A. producto de una oferta laboral en la cual debía afiliarse al fondo para culminar su contratación. Seguidamente, expone que en su vinculación le informaron que la liquidación y posterior extinción del ISS era una ventaja de afiliarse en el RAIS, sin embargo se omitió ponerle de presente los requisitos para pensionarse en ambos regímenes, así como las ventajas, desventajas, riesgos y consecuencias de su traslado, además el posible monto de pensión que recibiría si permanencia en el RPM junto con la eventual prestación económica que ostentaría en el RAIS.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES presentó contestación a la demanda con oposición a la totalidad de las pretensiones sosteniendo que el demandante no probó causal que derivara en la nulidad de la afiliación con COLFONDOS S.A., ya que esta vinculación está acorde a los lineamientos legales para el efecto y por lo tanto no se puede predicar un traslado automático al RPM.

Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al RPM, 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 la genérica.

A su turno COLFONDOS S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones incoadas en la misma, manifestando que al actor se le dio la información necesaria en el momento de su vinculación, como las diferencias, ventajas y desventajas de los dos regímenes pensionales, el funcionamiento del RAIS, la rentabilidad que se produciría y los requisitos para pensionarse necesarios en ambos regímenes.

Del mismo modo, hizo alusión a que no existe vicio del consentimiento en la vinculación del accionante como lo hace notar el formulario de afiliación por el firmado en donde se dilucida que la afiliación fue libre y voluntaria, lo que demuestra que el acto celebrado entre las dos partes estuvo acorde con los parámetros legales para el efecto. Además recalcó que no se está vulnerando el derecho a la pensión, ya que puede acceder a esta en el RAIS.

Presentó los medios exceptivos de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y compensación y pago.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 8 de julio de 2022 resolvió:

"***PRIMERO: ABSOLVER*** *de la totalidad de las pretensiones incoadas por el demandante Orlando Mejía Vargas, a las demandas COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.*

"SEGUNDO: CONDENAR *al demandante Orlando Mejía Vargas, al pago de costas y agencias en derecho en cuantía de medio salario mínimo legal mensual vigente.*

Para arribar a dicha conclusión, la juzgadora de instancia primeramente manifestó que se debía establecer la pertinencia de la intervención de la Procuraduría General de la Nación, para lo cual destacó que la Corte Suprema de Justicia ha establecido que por autorización del C.P.T. y de la S.S. junto con la Constitución Política la actuación de los funcionarios de esta entidad están facultados para ejercer sus actividades en los procedimientos laborales para la promoción de los derechos humanos, por lo que declaró que es completamente pertinente la intervención de la procuradora LAURA MARGARITA MANOTAS presente en el proceso.

Seguidamente, después de enunciar que se había cumplido el requisito de procedibilidad de la reclamación administrativa, expresó que efectivamente el demandante se trasladó de régimen pensional en el año de 1994 al RAIS, y que para tal fecha las normas vigentes para que dicho traslado fuese válido eran el articulo 13 de la ley 100 de 1993 literal e, el articulo 11 del decreto 692 de 1994 y el articulo 12 del decreto 720 de 1994 los cuales consagran que la elección del régimen debe ser por escrito, que esta debe ser libre y voluntaria por parte del potencial afiliado y finalmente que los promotores de las administradoras de pensiones deben entregar información suficiente, amplia y oportuna al momento del traslado de régimen.

Tomando en cuenta lo anterior, destacó de las pruebas obrantes el formulario de afiliación suscrito por el demandante con COLFONDOS S.A. en el año de 1994 y con ello se cumplirían las exigencias normativas anteriores, sin embargo memoró que la Corte Suprema de Justicia ha determinado que dicho documento no es suficiente para dar por demostrado el deber de información, a lo sumo con esto se tiene que la decisión fue libre y voluntaria mas no

informada, pues debe probar que se suministró como mínimo la información sobre las características, condiciones, accesos, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

De otro lado, del interrogatorio de parte practicado al demandante enuncia que la parte interrogada mencionó que recibía capacitaciones por un coordinador de grupos cuando se había vinculado a COLFONDOS S.A. como asesor, que en esas charlas, como lo refiere, le informaban sobre los beneficios de estar en el RAIS, que el ISS se iba a acabar e iban a perder las semanas, que se podían pensionar antes de la edad requerida con un buen valor de pensión, destaca la juzgadora que el actor expresó que conocía la figura de aportes voluntarios, que también sabía que existía el bono pensional, los rendimientos sobre los aportes al estar trabajando en el medio laboral, la figura de los beneficiarios y cómo funcionaba esta, que en COLPENSIONES se pensionaria con el promedio de lo cotizado, asimismo que las charlas grupales eran varias veces a la semana y le decían todos los puntos clave para trabajar en el fondo, que le informaron que el dinero se trasladaba a una cuenta personal y el dinero se acumularía y seguiría sumando para las pensiones, que tal dinero era como una cuenta de ahorros que iban formando parte cuando tuviera edad para su pensión que iba a recibir mensualmente.

De lo reseñado, la juzgadora concluyó que el demandante confesó haber recibido la información requerida y necesaria para tener el conocimiento claro y preciso sobre las implicaciones del traslado de régimen, más aun cuando fue asesor de COLFONDOS, recibiendo capacitaciones recurrentes y estas tuvieron lugar simultáneamente con el traslado de régimen. Por lo anterior, consideró que la AFP acreditó el cumplimiento del deber de información y en consecuencia no declaró la ineficacia de régimen pensional.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandante interpuso recurso de apelación en contra de la decisión de primer grado solicitando que se declare la ineficacia del traslado a la AFP COLFONDOS, sosteniendo que las administradoras están en el deber de suministrar de manera eficiente, eficaz y oportuna una información desde el punto de vista técnico, financiero y jurídico sobre las consecuencias de un cambio de régimen, que en el caso en concreto el traslado se dio como un mero requisito para comenzar a trabajar con el fondo, no obstante no se le dio la información requerida para su traslado, pues si bien recibía capacitaciones por parte del fondo estas solamente se basaban en que el ISS se liquidaría, que no perderían sus semanas si se pasaban a COLFONDOS y que podrían pensionarse de manera anticipada y más alta sin dar explicación de cómo se podría lograr tales condiciones.

Reputa que en el momento del traslado no se le informó jurídicamente sobre cómo se liquidaría su pensión en el RAIS, los requisitos financieros para obtenerla, los procesos de negociación del bono pensional, y demás variables para determinar si podría pensionarse de manera anticipada, además de la posibilidad de regresar al RPM siempre y cuando no contara con menos de 10 años para pensionarse, pues de las pruebas documentales allegadas esto no le colige.

Seguidamente expone que, según el precedente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia el deber de información debe se cumplir antes, durante y después de la afiliación, que este existe desde la creación de las AFP y por lo tanto es exigible a estas, pues se debe lograr la afiliación libre y voluntaria del ciudadano para lo cual no es suficiente la firma del formulario y la entrega de una información simple, pues esto se logra cuando se puede conocer las consecuencias del cambio de régimen.

Concluye que al solo tener el formulario de afiliación como expresión de la voluntad de afiliarse se genera un error de hecho viciando el consentimiento

al no informarle sobre las consecuencias del traslado, teniendo en cuenta que la Alta Corporación determina que el engaño se configura también por las omisiones cometidas.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que

denuncia el accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *"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".

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *"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 en 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. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto",* criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

> *"[…] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante".*

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

> *"Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que 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 ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación suscrito con la AFP COLFONDOS de fecha 21 de abril de 1994 (Fl. 46 del archivo digital 001.) en el cual se refiere que la decisión es libre y voluntaria, no obstante, la Corte Suprema de Justicia ha sido reiterativa en indicar que no es prueba suficiente para afirmar que se le suministró al afiliado la información oportuna y veraz; así lo establece en la sentencia de tutela anteriormente citada: *"desde la sentencia CSJ SL, 09 Sep 2008, rad. 31989, la sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como <<la afiliación se hace libre y voluntaria>>, <<se ha efectuado libre, espontánea y sin*

presiones>> u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado.

Por otra parte, del interrogatorio de parte practicado al demandante se puede extraer que efectivamente se trasladó a COLFONDOS S.A. cuando trabajaba con ellos como asesor en 1994, que recibía capacitaciones constantes de parte de la AFP en puntos clave para atraer afiliados los cuales resumió en que el ISS se acabaría y que con ello perderían las semanas que tendrían, que al afiliarse con COLFONDOS no se perderían aquellas semanas porque esos aportes se trasladarían al fondo privado y que podrían pensionarse de manera anticipada y con un monto mejor que el posible en el ISS derivado de los aportes que realizarían. De la misma manera, que conocía las figuras de aportes voluntarios, beneficiarios y que tendría una cuenta personal en COLFONDOS similar a una cuenta de ahorros.

De lo anterior se debe precisar, que si bien refirió que conoce características propias del RAIS, no conocía lo fundamental para pensionarse con en dicho régimen, dado que aunque sabía que los dineros en su cuenta de ahorro individual era lo que soportaría su pensión, así como los aportes efectuados en el RPM que se trasladarían a su cuenta, pasa por alto el monto que necesitaría acumular en capital para poder acceder a una pensión al menos de un salario mínimo, así como las distintas modalidades de pensión en el RAIS, y demás variables para calcular su pensión, además enuncia que sobre el conocimiento que tenía sobre los rendimientos generados por sus aportes, lo conoció por estar trabajando en el medio laboral y porque eso es lo que se dice en las empresas, sin puntualizar que eso se le hubiese puesto de presente en el momento de su vinculación con COLFONDOS S.A.

Respecto de la información relativa al RPM, en efecto enuncia que se podría pensionar con el promedio de lo cotizado al preguntarle si sabía los requisitos para pensionarse en tal régimen, no obstante, dicha afirmación además de ser incompleta, en la misma declaración el actor precisa que en el momento del

traslado no sabía de ese tema al no estar pensando en pensionarse y que al día de hoy es que la conoce, por lo que no expuso que tal información fuese entregada por un asesor de COLFONDOS para efectos de su traslado de régimen.

Ahora, no se puede inferir que como el accionante trabajó con COLFONDOS S.A. por aproximadamente 6 meses y recibió capacitaciones constantes estuviese cumplido el deber de información por parte de la AFP, pues no se tiene constancia de que información se brindaba en tales charlas grupales más allá de las declaraciones en el interrogatorio de parte, información que no solamente era precaria al exponer que esta consistía en los tres puntos reseñados en precedencia, sino también errónea y poco veraz cuando reputa que en las mismas les informaban que las semanas y/o aportes con el ISS se perderían al este liquidarse o desaparecer.

Por todo lo anterior, es que no se colige que el actor haya confesado recibir la información requerida para que su traslado se torne válido, pues quedó al descubierto que la información recibida fue incompleta y poco veraz al restringirle el saber sobre las características del RPM, así como las condiciones y riesgos de los dos regímenes, limitando su visión del Sistema General de Pensiones naciente y poder tomar una decisión consciente e informada.

Ahora bien, tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *"la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:*

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de**	**Contenido mínimo y alcance del deber de información**

	pensiones a dar información	
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa No. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado al actor para el año 1994, una *"Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*".

Así las cosas, la Sala revocará la sentencia de primera instancia teniendo en cuenta que la AFP COLFONDOS no acreditó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen, por lo tanto se accederá a las pretensiones incoadas en la demanda, es decir, declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional con los efectos que ello acarrea.

En tal sentido, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

> *"Por tal razón, se impondrá la devolución a Colpensiones de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP Porvenir S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada Porvenir S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por Colpensiones (CSJ SL2877-2020).*
>
> *"De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de Porvenir S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.*

Por lo que los valores descritos serán objeto de devolución por parte de COLFONDOS S.A. a COLPENSIONES derivada esta obligación de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen que efectuó el demandante con la AFP demandada en el año de 1994.

Ahora bien, es pertinente precisar que frente a la devolución de los gastos de administración, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

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

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

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

"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".

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión.

Referente a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *"la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible […] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad*

de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción".

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se predica de la pretensión consecuencial de la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.

Por último, las **COSTAS** de primera instancia se revocarán y se impondrá a la parte demandada. **SIN COSTAS** en esta instancia.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA 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: REVOCAR la sentencia proferida el 8 de julio de 2022 por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá y en su lugar:

SEGUNDO: DEJAR SIN EFECTOS la afiliación efectuada y en consecuencia CONDENAR a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS a que transfiera todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto a las sumas correspondientes rendimientos y comisiones por administración indexados a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES). La citada AFP también deberá devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera instancia a cargo de las accionadas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN **CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR**
Magistrado **Magistrado**

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

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **33 2019 00563 02**
Demandante:	MARIA CLAUDIA MORA CALDERON
Demandado:	COLPENSIONES Y OTROS
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES, a la abogada BELSY BAUTISTA FONSECA, identificada con cédula de ciudadanía 1.020.748.898 y T.P. 205.907 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas COLPENSIONES y SKANDIA S.A. en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá del 29 de junio de 2022

De igual manera, el presente proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora MARIA CLAUDIA MORA CALDERON promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, OLD MUTUAL hoy SKANDIA S.A. y PROTECCIÓN S.A. a fin que se declare la nulidad de su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por medio la última entidad, con ocasión a la inducción al error consecuencia de su falta al deber de información.

Como consecuencia de lo anterior se ordene que para efectos pensionales la demandante siempre estuvo afiliada al RPM, asimismo se ordene a OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS a devolver a COLPENSIONES los aportes realizados y por último se conceda lo que resulte probado conforme a las facultades *ultra* y *extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que nació el 9 de octubre de 1963, contando para la presentación de la demanda con 56 años, que estuvo afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde 1985 hasta 1997, año el cual se trasladó de régimen por medio de la administradora PROTECCIÓN S.A.

Respecto de la afiliación referida señala que el asesor de PROTECCIÓN S.A. le mencionó que podría pensionarse a cualquier edad con una mayor mesada que en el RPM, que el INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES seria liquidado y que debía trasladarse para no perder los aportes, por ello ante esa situación trasladarse a un fondo privado era mejor opción porque eran entidades solidas con bastantes ventajas para quienes se afiliaban. No obstante, enfatiza en que el asesor omitió informarle sobre los riesgos y efectos que tendría el trasladarse de régimen, además de cómo se liquidaría su pensión y los requisitos que necesitaría para obtenerla tanto en el RAIS como en el RPM. En ese sentido, considera que la

administradora en su momento no cumplió con el deber de información que le asistía dejando de lado la trasparencia y vigilancia que le compete.

Por ultimo menciona que de la solicitud elevada a OLD MUTUAL con la finalidad de obtener la nulidad o invalidez de su afiliación, esta entidad le informó que su mesada pensional en el RAIS sería de $1’934.085.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

SKANDIA S.A., por medio de apoderada, contestó la demanda con oposición a las pretensiones, arguyendo primeramente la administradora que representa no participó en el traslado de régimen, luego expresó que la vinculación de la demandante se realizó siguiendo con todos los lineamientos legales, así como fue precedida de información necesaria para tomar una decisión consciente, prueba de ello es el formulario de afiliación, el cual destaca aquella manifestación de voluntad amparada por el principio de la buena fe de las partes, que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal para trasladarse y por ultimo que de declararse la ineficacia del traslado no proceden la devolución los gastos de administración al no ser estos parte de las arcas de la AFP.

Presentó excepción previa con la finalidad de que se integre a la AFP COLFONDOS al proceso, y las de mérito denominadas SKANDIA no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, la demandante se encuentra en inhabilitada para el traslado de régimen en razón de su edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta del deber de asesoría e información, los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares, ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante, prescripción, buena fe y la genérica.

PROTECCIÓN SA por su parte presentó contestación a la demanda oponiéndose a todas las pretensiones contenidas en esta, sosteniendo que la vinculación de la demandante a la AFP es un acto jurídico válido y eficaz, además de libre de vicios

y realizado de manera libre, esto soportada en el formulario de afiliación suscrito siguiendo los parámetros establecidos por el artículo 11 del decreto 692 de 1994. Asimismo, expresó que la no realización de las expectativas económicas de la demandante con su pensión de vejez no puede derivar en la invalidez o nulidad de su afiliación, pues las maneras en las que se liquida la prestación pensional en el RAIS están determinadas por la ley.

Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones y la innominada o genérica.

A su turno COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones, considerando que no hay prueba de que existiera un vicio del consentimiento en la afiliación de la demandante con PROTECCIÓN S.A., por tanto dicha vinculación es válida pues de las pruebas aportadas se vislumbra que se realizó de manera libre y voluntaria. En la misma línea, enfatizó en que la accionante se encuentra inmersa en la prohibición legal para trasladarse y no cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010.

Propuso como medios exceptivos los de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, 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 la innominada o genérica.

Después de ser vinculada al proceso mediante auto proferido por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá del 21 de febrero de 2022, COLFONDOS S.A. dio contestación a la demanda oponiéndose a las pretensiones contenidas en la misma, argumentando que no había lugar a acceder a los pedimentos pues la demandante se encontraba válidamente afiliada al RAIS, seguidamente manifestó que suscribió el formulario de afiliación con la administradora de manera libre y voluntaria, además de esta última siempre ha actuado conforme a la buena fe.

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

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 29 de junio de 2022, resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO** al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por la AFP PROTECCIÓN S.A., y con esto a la afiliación realizada a la Sra. MARIA CLAUDIA MORA CALDERÓN, identificada con la cédula de ciudadanía No. 51.689.270 el 23 DE JUNIO DE 1997.*
>
> ***SEGUNDO: DECLARAR** que la Sra. MARIA CLAUDIA MORA CALDERÓN, identificada con la cédula de ciudadanía No. 51.689.270 el 23 DE JUNIO DE 1997., se encuentra válidamente afiliada a la administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida – ADMINISTADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES*
>
> ***TERCERO: ORDENAR a SKANDIA S.A.,** realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual la Sra. MARIA CLAUDIA MORA CALDERÓN a COLPENSIONES, junto con sus respectivos intereses, rendimientos y cuotas de administración.*
>
> ***CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES** recibir el traslado de las sumas anteriores descritas, así como reactivar la afiliación de la la Sra. MARIA CLAUDIA MORA CALDERÓN.*
>
> ***QUINTO: ORDENAR a PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. y SKANDIA S.A.,** a trasladar los montos recibidos por conceptos de cuotas de administración de manera proporcional al tiempo de afiliación de la demandante en cada AFP, los cuales serán asumidos de su propio patrimonio. Para esto se **CONMINA a COLPENSIONES** a efectos de realizar las gestiones necesarias a fin de obtener el pago de tales sumas."*

Para arribar a dicha conclusión el juez de primera instancia estableció que según las normas vigentes para el momento del traslado de la demandante, esto es en 1997, así como el precedente fijado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ya existía el deber de información a cargo de las AFP, el cual consistía en no solo ilustrar sobre las características de los regímenes pensionales sino también en poner en conocimiento las condiciones de acceso a las prestaciones y las consecuencias de un traslado de régimen, por ello destaca que más allá de una ignorancia de la ley como lo proponen las demandadas, tal principio y las normas relativas al deber de información plantean que las persona conozca los efectos de la ley sobre su situación particular y derivada de la correcta entrega de la información pueda tomar una decisión conforme a su situación.

Que del mismo precedente jurisprudencial se extrae que el formulario de afiliación no es suficiente para probar la información suministrada, dado que solamente este denota la voluntad de la persona que afiliarse, mas no que esta se haya realizado mediando un consentimiento informado. Sobre la carga de la prueba sostuvo que la Alta Corporación establece que esta compete a las AFP al conocer el negocio que administra, argumento apoyado también en el artículo 1604 del código civil, no obstante dicha situación no se encontró cumplida en el proceso dado que de las pruebas documentales aportadas no se puede recoger que información se brindó en el momento del traslado, asimismo del interrogatorio de parte no hubo una confesión de que PROTECCIÓN S.A. para el año de 1997 le suministrara la información debida para tomar una decisión conforme a ella.

De otro lado, expuso que la teoría de las administradoras del RAIS demandadas en sus alegatos de conclusión sobre los actos de relacionamiento, es decir sus traslados horizontales realizados en el RAIS, daban cuenta del querer de la actora de permanecer en el régimen administrado por estas no era posible aplicarse, pues del interrogatorio de parte practicado se colige que la decisión de permanecer en el RAIS fue producto de la imposibilidad de no poderse trasladar a COLPENSIONES antes de cumplir los 47 años, ya que no recibió esa información

de parte de los fondos en los que estuvo afiliada. Por lo tanto, a ello obedeció la permanencia en el régimen sin poderse aplicar el principio de la primacía de la realidad sobre las formas, pues si bien realizó cotizaciones y demás acciones en el RAIS dichas acciones no estuvieron precedidas de la conciencia de los efectos y consecuencias de estar en él, esto reforzado teniendo en cuenta que se no se logró acreditar que recibió la información que la AFP debía suministrar al momento del traslado.

Por todo lo anterior, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional de la demandante del RPM al RAIS ocurrido en el año 1997 con todos los efectos que la jurisprudencia le atañe, como lo es la devolución de los aportes sin opción de descuento por gastos de administración.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

SKANDIA S.A. presentó recurso de apelación en contra de la decisión de primer grado respecto de la devolución de los gastos de administración, argumentando que estos están ordenados en el artículo 20 de la ley 100 de 1993 y en el decreto 692 de 1994, los cuales son una retribución por la administración y generación de rentabilidad de los dineros de los afiliados, por lo que estos no pertenecen a ellos ni tampoco están destinados al pago de la pensión generando con su devolución un enriquecimiento sin causa y un pago de lo no debido a favor de COLPENSIONES, además de causar un perjuicio económico a la administradora con tal condena.

A su turno COLPENSIONES presentó recurso de alzada frente a la sentencia de primera instancia, arguyendo que no había lugar a la declaratoria de ineficacia puesto que la actora está inmersa en la prohibición legal para trasladarse de régimen, asimismo no se comprobó la existencia de vicios del consentimiento en su afiliación con PROTECCIÓN S.A., que si bien a las administradoras les compete el deber de información también a la demandante le era atribuible el deber de cuidado para con sus expectativas económicas derivadas de la pensión de vejez,

por lo que en su condición de persona capaz para celebrar contratos debía informarse sobre las implicaciones de estos.

Por último, solicitó que se condicione el cumplimiento de la sentencia hasta que se efectúe la devolución de los dineros obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante tales como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, cuotas abonadas, gastos de administración y demás de manera indexada sin posibilidad de descuento por cuotas de vejez e invalidez, pues considera que no se podría dar cumplimiento al fallo hasta que la AFP reintegre los recursos y actualice los datos de la demandante en la respectiva base de datos.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la ley 2213 del 13 de junio de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que

realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *"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".*

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *"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 en 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. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto",* criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de

tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

> *"[…] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante".*

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

> *"Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que 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 ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación suscrito por la accionante con PROTECCIÓN S.A. de fecha 23 de junio de 1997 (Fl. 35 del Archivo Digital 01), así como el diligenciado con OLD MUTUAL FONDO DE PENSIONES OBLIGATORIAS hoy SKANDIA S.A. del 19 de junio de 2018 (Fl. 150 del Archivo Digital 01) los cuales, si bien refieren que la

decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acreditan que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime como lo refirió la Corte Suprema de Justicia en sentencia de tutela anteriormente citada: *"desde la sentencia CSJ SL, 09 Sep 2008, rad. 31989, la sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como <<la afiliación se hace libre y voluntaria>>, <<se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones>> u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado.*

Por otro lado, en el interrogatorio de parte a la demandante no se colige que haya confesado estar debidamente informada en el momento de la afiliación, si bien refirió que realizó aportes voluntarios y dio a conocer que le informaron sobre la rentabilidad de los fondos privados, que tendría una cuenta de ahorro individual y que el ISS corría el riesgo de quebrar y con ello perderse sus aportes realizados al RPM, no le informaron sobre características como la incidencia que tendrían tanto sus beneficiarios como el monto que necesitaría para su pensión o los requisitos que debía cumplir para pensionarse en cada régimen, por ello es que se presentaron inconsistencias y vacíos en las características básicas propias de ambos regímenes, como tampoco hubo una advertencia sobre los riesgos, efectos y consecuencias de su traslado.

Ahora bien, tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *"la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:*

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de**	**Contenido mínimo y alcance del deber de información**

	pensiones a dar información	
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa No. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado a la actora para el año 1997, una *"Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*".

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón al fallador de instancia, dado que la AFP no acreditó el cumplimiento del deber de información para el momento del traslado.

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración, tópico materia de apelación por parte de SKANDIA S.A., la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

> *"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*
>
> *"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

> *"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".*

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que

deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión.

Respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera, debe indicarse que, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha señalado sobre el particular:

> *"Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».*
>
> *"Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.*
>
> *"Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»".*

En igual sentir, en sentencia SL 1440 del 2021, se estipuló y dejo sentada la línea jurisprudencial de la siguiente manera:

"Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que Porvenir S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a Colpensiones, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.

"Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a Colpensiones los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

"En esa línea, esta Sala de casación ha insistido en el traslado de los gastos de administración como efecto de la ineficacia, así se señaló en la sentencia CSJ SL 2877-2020:

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

"Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas,

ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.

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

"En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional."

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas del accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *"la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible […] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de*

ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción".

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se predica de la pretensión consecuencial de la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.

Por otra parte, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

> *"Por tal razón, se impondrá la devolución a Colpensiones de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP Porvenir S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada Porvenir S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por Colpensiones (CSJ SL2877-2020).*
>
> *"De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de Porvenir S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.*

Así las cosas, se adicionará la orden emitida en primera instancia, recogiendo cualquier criterio expuesto con anterioridad sobre el particular.

Por último, respecto de la solicitud de COLPENSIONES respecto de condicionar el cumplimiento de la sentencia hasta que no se reintegren todos los valores obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, es menester

precisar que las órdenes que competen a COLPENSIONES en la sentencia de primera instancia están contenidas en los numerales segundo, cuarto y quinto, correspondientes en tener a la demandante como afiliada al RPM, recibir los dineros que deben ser reintegrados por parte de SKANDIA S.A. y realizar las gestiones necesarias para obtener los gastos de administración tanto de la administradora antes mencionada como de PROTECCIÓN S.A.

Dado lo anterior, no hay lugar a condicionamiento alguno de la sentencia, pues es claro que antes de reactivar la afiliación de la demandante al RPM primero COLPENSIONES debe recibir los dineros provenientes de la AFP SKANDIA, así como lo enuncia el numeral cuarto de la sentencia de primera instancia, además se puede observar la sentencia es integral con las condenas en el caso de la ineficacia del traslado, en donde claramente la AFP SKANDIA S.A. debe reintegrar los dineros producto de la afiliación de la demandante.

SIN COSTAS en esta instancia.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA 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: ADICIONAR y MODIFICAR los numerales primero, tercero y quinto de la sentencia proferida el 29 de junio de 2022 por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, que quedarán así:

SEGUNDO: DEJAR SIN EFECTOS la afiliación efectuada y en consecuencia CONDENAR a SKANDIA S.A., a que transfiera todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto a las sumas correspondientes rendimientos y comisiones por administración indexados a la

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES). La citada AFP también deberá devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

De la misma forma, deberán proceder las demandadas PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A., frente a la devolución a COLPENSIONES de los gastos de administración de los aportes efectuados por la demandante mientras estuvo afiliado a esas administradoras, conforme se indicó en el numeral quinto de la sentencia de primer grado.

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

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN **CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR**
Magistrado **Magistrado**

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

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **34 2020 00287 01**
Demandante:	JAIME ALEJANDRO LÓPEZ CARDOZO
Demandados:	COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES, a la abogada NORTHEY ALEJANDRA HUERFANO HUERFANO, identificada con cédula de ciudadanía 53.074.475 y T.P. 287.274 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., en contra de la sentencia proferida el 28 de febrero de 2022 por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá.

De igual manera, el presente proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor JAIME ALEJANDRO LÓPEZ CARDOZO promovió demanda ordinaria en contra de COLPENSIONES y PROTECCCIÓN S.A., a fin de declararse la nulidad o ineficacia que realizara el 26 de febrero de 1997 al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de PROTECCIÓN S.A.

Que con ocasión de lo anterior, se le ordene a PROTECCIÓN S.A. trasladarlo con destino al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, junto con todos los valores que hubiera recibido por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con sus frutos, intereses y rendimientos causados, así como que se le ordene a COLPENSIONES recibirlo sin solución de continuidad.

Asimismo, que se les condene a las demandadas al pago de costas procesales y lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 12 de noviembre de 1962, adicional a que realizó cotizaciones al antiguo ISS por el periodo comprendido entre el 15 de abril de 1985 y el 28 de febrero de 1997, siendo trasladado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PROTECCIÓN S.A. el 26 de febrero de 1997.

Que PROTECCIÓN S.A. por intermedio del asesor de entonces, le informó que al realizar el traslado de régimen obtendría una pensión de vejez más alta en comparación con la del Seguro Social, pero sin que le proporcionara de manera oportuna una asesoría profesional que le permitiera conocer de manera veraz y transparente los requisitos, condiciones y riesgos del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Indicó que tampoco se le informó sobre la posibilidad de trasladarse de régimen pensional antes de los términos preceptuados en la Ley 797 de 2003, entre otros aspectos desinformativos.

1.3 CONTESTACIONES DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición de las pretensiones, bajo el entendido que dentro del plenario no obra prueba donde se demuestre que la demandante se le hubiese hecho incurrir en error, fuerza o dolo, como tampoco se advierte nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que existió inconformidad por la actora; por el contrario, se aprecia que las documentales se encuentran sujetas a derecho y que la filiación se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, sin dejarse observaciones sobre presiones indebidas o constreñimientos.

Adicionalmente, sostuvo que en el caso de marras no se cumplen con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, por lo que no procedería el traslado a la luz de lo preceptuado en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003.

Propuso las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, innominada o genérica y la de inexistencia del derecho al reconocimiento de la pensión por parte de COLPENSIONES.

A su turno PROTECCIÓN S.A. resaltó que a la demandante le fue brindada una asesoría integral y completa respecto a todas las implicaciones de su decisión, sin omitir información e indicando claramente todas las características y regulaciones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y su funcionamiento; asimismo los rasgos diferenciadores respecto del Régimen de Prima Media con Prestación Definida señalando con total claridad que la forma de construir la pensión en uno y otro régimen pensional son distintas y excluyente, sin que pueda hablarse de situación más ventajosa entre uno y otro pues simplemente son regímenes diferentes, correspondiendo al afiliado realizar su propio juicio de favorabilidad de acuerdo a sus condiciones particulares.

Formuló como medios exceptivos los denominados 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 AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, 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 la innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 28 de febrero de 2022 resolvió:

> "***PRIMERO: DECLARAR*** *la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado el día 01 de abril de 1997, por el demandante* ***JAIME ALEJANDRO LOPEZ CARDOZO****, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado a través de la afiliación a la administradora de fondos de pensiones y cesantías* ***PROTECCIÓN S.A.***
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR*** *a la administradora de fondos de pensiones y cesantías* ***PROTECCIÓN S.A****., a reintegrar a la* ***ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES****, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante* ***JAIME ALEJANDRO LOPEZ CARDOZO****, como son las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado,* ***SIN LUGAR*** *a descontar valores por concepto de administración.*
>
> ***TERCERO: DECLARAR*** *no probadas las excepciones formuladas por las demandadas.*
>
> ***CUARTO: CONDENAR*** *a la* ***ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES*** *a recibir todos los valores que reintegre la administradora de fondos de pensiones y cesantías* ***PROTECCIÓN S.A****., con motivo de la afiliación del demandante* ***JAIME ALEJANDRO LOPEZ CARDOZO****, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado.*
>
> ***QUINTO: CONDENAR EN COSTAS PROCESALES*** *a cargo de la demandada* ***SOCIEDAD AFP PROTECCIÓN S.A.****, liquídense por secretaría incluyendo la suma de 1SMLMV por concepto de agencias en derecho.*

SEXTO: *En caso de no ser apelada la presente decisión concédase el grado de Jurisdiccional de Consulta a favor de* ***COLPENSIONES****, en aplicación señalado en el inciso tercero del artículo 69 del C.P.L. S.S."*

Para arribar a dicha conclusión, la operadora de instancia manifestó que de conformidad con lo adoctrinado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las AFP al tenor de la carga probatoria tienen el deber de suministrar a sus potenciales afiliados una información completa y comprensible de cada régimen pensional, junto con sus beneficios e inconvenientes, características, diferencias y demás aspectos que atiendan una información detallada sobre la implicación de traslado del régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, situación que no fue demostrada por PROTECCIÓN S.A. para con el demandante, en la medida que con el formulario de afiliación no puede atenderse una información detallada sobre los pormenores del traslado.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

COLPENSIONES inconforme con la decisión la apeló. Argumentó en su alzada que el demandante en virtud del derecho a la libre escogencia del régimen pensional fue que en su momento realizó su traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, situación que por demás era permitida dentro del periodo de tiempo regulado en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, que modificó a su vez el artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Que el actor suscribió el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria, cumpliendo con los requisitos que la ley exigía para el momento de la suscripción de dicho formulario, máxime si la Superintendencia Financiera en el año de 1998 emitió una circular externa, donde estableció que en virtud del Decreto 692 de 1994 el diligenciamiento del formulario debe ser entendido como plena prueba para demostrar que el traslado se surtió en legal orden, único requisito legal que existía para entonces.

Sostuvo que la información del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se encuentra a disposición de todos los afiliados de conformidad con lo establecido en el artículo 3º de la Ley 100 de 1993, más aún que como lo regula el artículo 9º del Código Civil, la ignorancia de la ley no sirve de excusa.

Adujo que de retornarse el demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida se pondría en riesgo de la sostenibilidad financiera, bajo el entendido que tendría que financiarse una posible prestación por vejez del demandante, aspecto que desfinanciaría el sistema.

Protección S.A. refirió en su alzada encontrar inconformidad de trasladar con destino a COLPENSIONES los gastos de administración, como quiera que tal concepto es un descuento que se encuentra autorizado en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, descuento que también fue realizado como contraprestación de la buena gestión llevada a cabo sobre los recursos del actor.

Que igualmente debe tenerse en cuenta que los gastos de administración son dineros que ya se causaron, sumado a que sobre los mismos opera el fenómeno de prescripción por cuanto se trata de un concepto de tracto sucesivo ante la periodicidad que impone la ley, concepto que tampoco financia la prestación económica por vejez.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional que realizó el demandante.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993,

establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia el accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del

Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *"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".*

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *"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 en 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. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto",* criterio último que recientemente se

estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

> *"[…] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante".*

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

> *"Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que 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 ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, o si se trasladó de manera horizontal, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario que suscribiera el demandante con PROTECCIÓN S.A. el 26 de febrero de 1997 (Fl. 92 – PDF 02 – ESCRITO DE DEMANDA y Fl. 34 PDF 08 – CONTESTACIÓN PROTECCIÓN S.A.), en los cuales se refiere que la decisión es libre y voluntaria, no obstante, la Corte Suprema de Justicia ha sido reiterativa en indicar que no es prueba suficiente para afirmar que se le suministró al afiliado la información oportuna y veraz; así lo establece en la sentencia de

tutela anteriormente citada: *"desde la sentencia CSJ SL, 09 Sep 2008, rad. 31989, la sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como <<la afiliación se hace libre y voluntaria>>, <<se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones>> u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado.*

De otro lado, en el interrogatorio de parte al demandante tampoco se colige que haya confesado haber sido correctamente informada; por el contrario, lo que se evidenció fue que cuando el actor se trasladó se hizo una reunión grupal por dos asesoras de la época de PROTECCIÓN S.A., quienes le indicaron que el antiguo ISS se extinguiría, aunado a que, no fue en ese momento en que el demandante suscribió el formulario, sino tiempo después cuando se acercó a las oficinas de la encartada en la Ciudad de Medellín, aspectos todos por lo que se logra colegir la falta de información pormenorizada acerca de las ventajas y desventajas de cada régimen pensional, como tampoco sus diferencias al tenor de lo adoctrinado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Ahora bien, tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *"la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:*

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información**	**Contenido mínimo y alcance del deber de información**
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993,	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar

	modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa No. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado al actor para el año 1997, una *"Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*".

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón a la falladora de instancia al declarar la ineficacia del traslado, dado que la AFP no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen.

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración, aspecto objeto de inconformidad de la demandada PROTECCIÓN S.A. en su disenso, se memora que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló al respecto:

> *"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."*

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

> *"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 COLFONDOSS.A. Deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales".*

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión, luego, acorde con tales consideraciones resultan imprósperos los argumentos esbozados por PROTECCIÓN S.A.

Respecto a una posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera, al que alude COLPENSIONES en su apelación, debe indicarse que, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha señalado sobre el particular:

> *"Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen*

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

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

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

En igual sentir, en sentencia SL 1440 del 2021, se estipuló y dejo sentada la línea jurisprudencial de la siguiente manera:

"Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que PORVENIR S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a COLPENSIONES, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.

"Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se

declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

"En esa línea, esta Sala de casación ha insistido en el traslado de los gastos de administración como efecto de la ineficacia, así se señaló en la sentencia CSJ SL 2877-2020:

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

"Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.

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

"En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a COLPENSIONES de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de

pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional."

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiara, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas del accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *"la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible […] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción".*

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se predica de la pretensión consecuencial de la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

"Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de

garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada PORVENIR S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020).

"De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de PORVENIR S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.

Así las cosas, se adicionará y modificará la orden emitida en primera instancia, recogiendo cualquier criterio expuesto con anterioridad sobre el particular.

SIN COSTAS en esta instancia.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA 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: ADICIONAR Y MODIFICAR los numerales primero, segundo y cuarto de la sentencia proferida el 28 de febrero de 2022 por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, a fin de disponer:

SEGUNDO: DEJAR SIN EFECTOS la afiliación efectuada y en consecuencia **CONDENAR** a la demandada PROTECCIÓN S.A., a que transfiera todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto a las sumas correspondientes rendimientos y comisiones por administración indexados a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES). La citada AFP también deberá devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo

de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

De la misma forma, deberá proceder la demandada PROTECCIÓN S.A. frente a la devolución a COLPENSIONES de los gastos de administración de los aportes efectuados por el demandante mientras estuvo afiliado a esa administradora, conforme se indicó en el numeral tercero de la sentencia de primer grado.

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

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN **CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR**
Magistrado **Magistrado**

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **35 2021 00106 01**
Demandante:	GUILLERMO DE LA TORRE FRANCO
Demandado:	COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante y COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 27 de abril de 2022 por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá.

De igual manera el presente proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor GUILLERMO DE LA TORRE FRANCO promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. a fin de declararse la ineficacia de la afiliación que realizara del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de las AFP DAVIVIR hoy PROTECCIÓN

S.A., COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A., por cuanto incumplieron con el deber legal de suministrar información que lo orientara como potencial afiliado para la elección del régimen pensional, por cuanto no se le dio a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, incluso a desestimarlo de tomar una opción que claramente le perjudicaría. Asimismo, se declare que su estado de afiliación con COLPENSIONES es activo cotizante.

Igualmente, se declare que COLPENSIONES debe corregir su historia laboral, incluyendo las semanas cotizadas por el empleador UNILEVER ANDINA DE COLOMBIA LTDA durante el interregno comprendido entre el mes de diciembre de 2013 y noviembre de 2016, así como las semanas cotizadas por el empleador ABOTT LABORATORIES DE COLOMBIA S.A.S. entre el mes de noviembre de 2016 y hasta la actualidad.

Por consiguiente, se les condene a PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A., reintegrar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, las sumas dinerarias correspondientes a gastos de administración, cotizaciones y rendimientos financieros sobre los correspondientes tiempos en que permaneció afiliado en cada AFP, al igual que se le ordene a COLPENSIONES aceptar y recibir el traslado de sus aportes y registrar su estado de afiliación como activo cotizante.

Al unísono, que se le condene a COLPENSIONES corregir su historia laboral, incluyendo las semanas cotizadas a su favor por los empleadores UNILEVER ANDINA DE COLOMBIA LTDA y ABOTT LABORATORIES DE COLOMBIA S.A.S., más lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que nació el 6 de marzo de 1961, trasladándose del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A. el 1 de mayo de 1994, en otro momento se trasladó de administradora con

destino a PORVENIR S.A. el 1 de octubre de 1999, luego a COLFONDOS S.A. en el mes de octubre de 2001, regresando a PORVENIR S.A. nuevamente en el mes en agosto de 2002 hasta el 31 de mayo de 2003, afiliaciones todas que manifiesta no estuvieron precedidas de la debida información y esta fue realizada por promotores que no tenían la capacitación debida, pues no se le explicó las condiciones del Sistema General de Pensiones naciente, que su pensión en el RAIS dependería de sus aportes y rendimientos generados, como se obtendrían esos rendimientos, no se le efectuó una proyección pensional bajo las condiciones del RAIS y del RPM para su caso, tampoco se le dijo nada sobre el derecho al retracto y las modalidades de pensión en el RAIS, entre otras circunstancias de una debida asesoría.

Seguidamente, expuso que el 1 de junio de 2003 retornó al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES. Con relación a su retorno, alude que a pesar de haber regresado en el año 2003 su estado de afiliación es "*trasladado*" y no "*activo cotizante*", por lo que COLPENSIONES no ha registrado en su historia laboral los tiempos cotizados con los empleadores UNILEVER ANDINA DE COLOMBIA LTDA. y ABBOT LABORATORIES DE COLOMBIA, negativa de corrección que argumenta la entidad en el entendido que sobre su historia laboral se encuentra en curso una investigación administrativa, como quiera yace una denuncia penal según comunicación de julio de 2020, además que PORVENIR S.A. ha manifestado en repetidas ocasiones que no está afiliado con ellos debido al traslado realizado al Régimen común en el año 2003, pero la misma COLPENSIONES se contradice, pues en respuesta del 24 de agosto de 2020 de la petición elevada a la entidad, expresa que se encuentra afiliado a PORVENIR S.A.

1.3 CONTESTACIONES DE DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones, argumentando que no existe prueba alguna de que hubiese mediado un vicio del consentimiento en el acto de vinculación del demandante a DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A., o una nota de protesto en el formulario de afiliación con la

entidad mencionada, de lo que se puede colegir que su traslado fue libre, voluntario y ajustado a derecho. Además, que no cumple con los requisitos exigidos en la sentencia SU-062 de 2010 para trasladarse en cualquier tiempo, y que la sentencia SL373-2021 limitó los efectos de la ineficacia del traslado para personas con una situación consolidada o que ostenten el carácter de pensionados.

De otro lado, respecto de la inclusión de los tiempos en su historia laboral, arguyó que mediante comunicaciones BZ2018_6810248-2766151 del 7 de septiembre de 2018 y SEM2017-305483 del 28 de septiembre de 2017 se le puso de presente al accionante que mientras la investigación administrativa sobre su historia laboral no haya arrojado una respuesta de fondo no se puede proceder a lo pretendido, aunado a que, se presentó una acción judicial por el demandante de radicación 11013105003201800758000, la cual es similares supuestos fácticos y pretensiones a la presente.

Propuso la excepción previa denominada pleito pendiente entre las mismas partes y sobre el mismo asunto, y de mérito las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

A su turno PROTECCIÓN S.A. contestó la demanda oponiéndose a la totalidad de las pretensiones, explicó que la vinculación del demandante con la AFP fue de manera libre y voluntaria en virtud del derecho de libre elección de régimen contenido en los artículos 13 y 271 de la ley 100 de 1993, así como en lo normado en el artículo 11 del decreto 692 de 1994. De otro lado, que no es dable la devolución de los gastos de administración, pues son legalmente descontables de la cuenta de ahorro individual y estas obedecieron a comisiones causadas y ya

pagadas, por lo que el único concepto que se puede ordenar retornar son los aportes realizados, últimos que ordenó retornar.

Propuso como excepciones las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, traslado de aportes a la AFP PORVENIR, traslado y movilidad dentro del RAIS a través de diferentes AFP convalida la voluntad de estar afiliado a dicho régimen, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general en pensiones, reconocimiento de restitución mutua a favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, 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, y la innominada o genérica.

Por su parte COLFONDOS S.A. contestó la demanda presentando oposición frente a las pretensiones, manifestó que no hay lugar a acceder a los pedimentos al no obrar fundamentos ni de hecho y derecho, aunado a que el accionante se encuentra válidamente vinculado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Respecto de la devolución de los gastos de administración, refirió que estos son de carácter legal y hacen parte vital para poder cubrir las contingencias de vejez, invalidez y muerte, por lo que no es posible hacer un traslado de los mismos.

Formuló como medios exceptivos los denominados inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción para solicitar la nulidad del traslado y compensación o pago.

Respecto de PORVENIR S.A. mediante auto del 6 de octubre de 2021 el Juzgado *a-quo* tuvo por no contestada la demanda por parte de la AFP.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Cinco del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 27 de abril de 2022 resolvió lo siguiente:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** que el señor GUILLERMO DE LA TORRE FRANCO se encuentra afiliado al régimen de prima media con prestación definida a partir de junio de 2003 como activo cotizante.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a realizar la corrección de la historia laboral, conforme a lo advertido en la parte motiva de esta providencia*
>
> ***TERCERO: DECLARAR** probadas las excepciones de merito denominadas inexistencia de la obligación propuesta por la AFP COLFONDOS y la excepción de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir propuesta por PROTECCIÓN y no probadas las demás.*
>
> ***CUARTO: ABSOLVER** a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra por el demandante GUILLERMO DE LA TORRE FRANCO.*
>
> ***QUINTO: CONDENAR EN COSTAS** a la demandada COLPENSIONES, por lo tanto se señalan como agencias en derecho a su cargo la suma de $1'000.000, suma que se incluirá en la respectiva liquidación de costas, sin costas a cargo de PROTECCIÓN, COLFONDOS Y PORVENIR S.A."*

Para arribar a dicha conclusión, el operador de instancia manifestó que el demandante se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PROTECCIÓN S.A. en el año de 1994 hasta el 30 de septiembre de 1999; seguidamente, el 1 de octubre realizó afiliación a PORVENIR S.A., vinculación que perduró hasta el 31 de marzo de 2003, por lo que en virtud de la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado, era carga probatoria de PROTECCIÓN S.A., primera AFP, demostrar que había entregado la información debida para que el demandante pudiese tomar su decisión de trasladarse.

Que no obstante, al revisar las pruebas aportadas al plenario, se encuentra un formulario de traslado realizado por el actor de PORVENIR S.A. a COLPENSIONES

de fecha del 9 de abril de 2003 denominado GEN-ANX-CL-2016_3551511-2016016110000, el cual se acompasa con la certificación del 24 de agosto de 2020 que advierte que el estado de la afiliación del actor es de "*afiliado a la AFP PORVENIR S.A.*", y además con la certificación emitida por la misma entidad de 29 de mayo de 2018, se aprecia que que el estado del demandante es de "*activo-cotizante*" a razón de la afiliación aprobada el 10 de junio de 2003.

Al unísono, expuso que obra en el expediente comunicación del 10 de marzo de 2020 expedida por COLPENSIONES donde se dilucida que la entidad procedió a corregir la historia laboral del accionante sobre los ciclos 2013-12 a 2016-10 con el empleador UNILIVER ANDINA DE COLOMBIA LTDA, y en los ciclos 2018-08 a 2019-12 con el empleador ABBOT LABORATORIES DE COLOMBIA S.A.

Por lo tanto, coligió que atendiendo el caudal probatorio, el demandante se encontraba vinculado con COLPENSIONES desde junio de 2003, como también consta en la comunicación expedida por la encartada PORVENIR S.A. el 7 de noviembre de 2017, razón por la que no resultaba procedente aplicar el precedente jurisprudencial referido a la ineficacia, dado que no habían motivos para que COLPENSIONES desconociera la calidad de afiliado del demandante ya que no obra prueba alguna para el efecto, máxime si de los elementos probatorios se pudo auscultar que el actor solicitó su traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida en el año 2003, el cual fue aceptado en su momento por parte de COLPENSIONES como se plasma en la certificación de mayo de 2018. Además, encontró probado que PORVENIR S.A. ya había realizado el traslado de los aportes del actor el día 23 de agosto de 2017.

En razón de lo anterior, declaró que existía una carencia actual de objeto frente a la ineficacia solicitada, pues la actuación de COLPENSIONES fue en contravía del principio de confianza legítima dejando al afiliado en incertidumbre frente a su situación pensional, como quiera que en principio aceptó su traslado y posteriormente como entidad desconoció su propio actuar; circunstancia por la cual, concluyó que el accionante se encuentra en la actualidad válidamente afiliado en COLPENSIONES desde el mes de junio de 2003 con todos sus efectos.

Con relación a la corrección de la historia laboral, el *a-quo* precisó que, en la historia laboral expedida el mes de junio de 2021 aparecen en los ciclos de noviembre de 2017 a marzo de 2021 con la anotación *"no vinculado – trasladado RAIS*", por lo que como consecuencia de la declaratoria de estar vinculado al RPM desde el mes de junio de 2003, dichos periodos de cotización deben ser incluidos con el IBC de $18'442.925 correspondiente a noviembre a diciembre de 2017, el de $19'531.050 para el ciclo de enero a diciembre de 2018, el de $20'702.900 del ciclo de enero a diciembre de 2019, el de $21'945.075 para el ciclo de enero a diciembre de 2020 y el de $22'713.150 para enero a marzo de 2021.

III. RECURSO DE APELACION Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

La parte demandante mediante apoderado presentó recurso de apelación parcial en contra de la sentencia de primera instancia en lo que respecta a la no declaratoria de ineficacia del traslado, pues en su sentir se puede colegir de los medios de prueba que DAVIVIR, hoy PROTECCIÓN SA, incumplió su deber de información para con su representado en el momento del traslado, que si bien es cierto figura como afiliado a COLPENSIONES, tal situación no impide que se declare la ineficacia de su traslado, más aun cuando existe un proceso penal del que no tiene conocimiento y de darse la nulidad del traslado a PORVENIR S.A. en tal proceso su prohijado quedaría desprotegido.

De la misma manera COLPENSIONES presentó recurso de alzada en contra de la sentencia de instancia, al considerar que existe un pleito pendiente en el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá frente a la corrección de la historia laboral, así como que la ineficacia del traslado no puede darse por estar válidamente trasladado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en 1994, dado que no se vislumbra ningún vicio del consentimiento en su vinculación.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá determinar como problema jurídico principal si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

En segundo lugar, deberá auscultarse si hay lugar a la corrección de la historia laboral pretendía por el actor sobre los ciclos comprendidos entre el mes de noviembre de 2017 y el mes de marzo de 2021.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia el accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro

Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *"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".

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *"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 en 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. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto",* criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

> *"[…] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante".*

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

> *"Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que 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 ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Asimismo, debe puntualizarse que el artículo 2º de la ley 797 de 2003, el cual modificó el literal e del artículo 13 de la ley 100 de 1993, estableció que desde la selección inicial del régimen pensional, el traslado del mismo se podría efectuar por una sola vez cada 5 años, ampliando el término para ello en la legislación anterior que determinaba 3 años para el efecto; conjuntamente, la norma referida estableció que después de un año de su vigencia los afiliados no podrían trasladarse de régimen cuando les faltare menos de 10 años para cumplir el requisito de la edad para pensión de vejez.

Así las cosas, en el caso *sub examine* se tiene que del historial de vinculaciones del SIAFP aportado por PROTECCIÓN S.A., se aprecia que el demandante realizó un traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la antigua AFP ING hoy PROTECCIÓN S.A. con fecha de solicitud del 19 de abril de 1994 y de efectividad del 1º de mayo de 1994; posteriormente, se afilió a PORVENIR S.A.

con fecha de solicitud del 13 de agosto de 1999 y de efectividad 1º de octubre de 1999, retornándose nuevamente al Régimen de Prima Media con Prestación Definitiva con fecha de solicitud del 1º de abril de 2003 y efectividad el 1º de junio de 2003 (Fl. 39 del Archivo Digital 34). En igual sentido, esta última vinculación, esto es, la del régimen público, se refuerza con el formulario de afiliación diligenciado con el ISS en el documento GEN-ANX-CI-2016_3751511-20160416110000 del expediente administrativo aportado por COLPENSIONES.

También de las afiliaciones horizontales realizadas en el RAIS, obra como prueba la efectuada con COLFONDOS S.A. de fecha 18 de julio de 2001 (Fl. 22 del Archivo Digital 27).

En tal sentido, si bien el recurso de apelación del demandante está encaminado a la declaratoria de ineficacia del traslado de su afiliación con la AFP PROTECCIÓN S.A. en el año de 1994, se puede observar que el traslado efectuado por el actor del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al de Prima Media con Prestación Definida que realizara de PORVENIR S.A. a COLPENSIONES, fue llevado a cabo dentro de los términos legales, pues como se refirió, el mismo se realizó en el mes de abril del ya mencionado año 2003, calenda para la cual ya se encontraba en vigencia la Ley 797 de 2003, en tanto, la afiliación primigenia del actor al régimen privado sucedió en el año 1994, es decir, que se superó ampliamente el interregno de los cinco contenidos dispuestos en la normatividad en comento para trasladarse.

Es por ello, que no puede resultar procedente que se haga un estudio de ineficacia de la afiliación a la luz de la jurisprudencia emanada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, concomitantemente con lo regulado en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como quiera que no puede perderse de vista la esencia misma de la disposición normativa, que gravita en torno a respetar los términos en ella contenida en cuanto a permitir traslados dentro de los plazos determinados.

Del mismo modo, debe tenerse en cuenta que atendiendo el caudal probatorio que yace dentro del plenario, se puede observar que tal como se puso de presente en la demanda y según lo sostuvo el operador de instancia, COLPENSIONES actuó como la administradora de pensiones en la cual estaba afiliado el demandante en el régimen público desde su traslado ocasionado en el 2003, dado que más allá de las inconsistencias que la misma administradora reflejó en diferentes documentos tales como las historias laborales aportadas y certificaciones emitidas en las que se refleja que el actor aparece como *"activo cotizante"* y otras como *"trasladado"*, dentro del plenario también se encuentran reflejados los valores trasladados de PORVENIR S.A. a COLPENSIONES a razón de sus cotizaciones desde el ciclo de junio del año 2003 hasta el mes de octubre del año 2017 según se desprende del detalle cotizaciones emitido por PORVENIR S.A. (Fl. 60 a 64 del Archivo Digital 02), mismos valores que aparecen en la última historia laboral del accionante expedida por COLPENSIONES el 10 de junio de 2021 contenida en el archivo GRP-SCH-HL-66554443332211_2005-20210610111251 del expediente administrativo con la anotación de *"valor devuelto del Régimen de Ahorro Individual por pago al fondo".*

Por ello, puede colegirse que COLPENSIONES recibió los aportes del demandante que le remitiera en su momento PORVENIR S.A. con ocasión de la aceptación de su afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, situación que se denota en la respuesta del 15 de noviembre de 2017 contenida en el archivo GEN-REQ-IN-2016_3751511-20171117091009 del expediente administrativo, donde COLPENSIONES determinó que el estado de afiliación del accionante era activo cotizante, misma situación que coincide con la comunicación del 7 de noviembre de 2017 por parte de la AFP PORVENIR S.A. (Fl. 58 del Archivo Digital 02.)

Asimismo, se evidencia en la Planilla Integrada Autoliquidación Aportes, Soporte De Pago Para El Cotizante CC 19391203 (Archivo Digital 73), que los pagos efectuados por la empresa ABBOT LABORATORIES DE COLOMBIA S.A.S. para la casilla "PENSIÓN", se llevaron a cabo a través de PORVENIR S.A. hasta el mes de octubre de 2017, pero desde el mes de noviembre de 2017 hasta febrero de 2022,

COLPENSIONES fue la administradora pensional destinataria de esos aportes, de ahí que pueda entenderse que es COLPENSIONES quien ha venido recibiendo los aportes del demandante, aspecto que a su vez demuestra la afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, como lo determinó el fallador de instancia, máxime si como ya se hizo hincapié, su retorno al régimen público sucedió dentro de la legalidad dispuesta en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003.

Bajo este tópico, recalca la Sala que si bien COLPENSIONES hizo alusión al adelantamiento de una investigación administrativa a razón de una presunta denuncia penal para con el aquí demandante, lo cierto es que de la misma no yace prueba que demuestre sus dichos, aspecto por el que no se puede considerar como una situación trascendental por lo menos hasta el momento, para que se encuentre justificación soportada de la falta de atención de esta entidad para la administración de las contingencias pensionales del actor, escenario que también involucra una amenaza palpable de que el demandante pudiese quedar desprotegido ante las consecuencias del procedimiento penal que cobija a su historia laboral.

Asimismo, debe recordarse que la declaratoria de ineficacia del traslado implica retrotraer las cosas a su estado original, como si el mismo no hubiese existido según lo expuesto en la sentencia SL2363-2022, Radicación No. 83559 del 6 de julio de 2022 al citar la SL1689 de 2017, situación lograda al encontrarse válido el traslado hacia el Régimen de Prima Media con Prestación Definida en el año 2003, aspectos que conllevan en igual sentido a que sea COLPENSIONES la que tendrá la obligación de sufragar la eventual prestación pensional de vejez del actor, más aun si como ya se hizo mención, cabe recordar que dicha afiliación y permanencia al régimen público ha sido reconocida por COLPENSIONES en varias oportunidades, así como por las AFP demandadas según el estado de cuenta allegado por PROTECCIÓN S.A. (Fl. 43 a 47 del Archivo Digital 34), y las devoluciones de los aportes de PORVENIR S.A. a COLPENSIONES antes mencionadas.

Ahora bien, la Corporación también pone de presente que si en gracia de discusión de que se hubiese presentado una multivinculación entre PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, lo hasta aquí expuesto despeja cualquier duda respecto de cuál era el fondo de pensiones al que legalmente debe permanecer el actor, y más importante aún el régimen que gobierna su situación pensional, que no es otro que el de Prima Media con Prestación Definida; circunstancia por la cual, la decisión de primer grado se confirmará sobre este puntualísimo aspecto.

De otra parte, en lo que respecta a la corrección de la historia laboral, se advierte que en primer grado dentro de la etapa de decisión de excepciones previas llevada a cabo en la audiencia de que trata el artículo 77 del C.P.T. y de la S.S., se resolvió el medio exceptivo de pleito pendiente formulado por COLPENSIONES, donde se decidió que ante la renuncia de ciertas pretensiones por la parte demandante, la corrección de la historia laboral perseguida se circunscribiría en este asunto únicamente sobre el periodo comprendido entre el mes de noviembre de 2017 y el mes de marzo de 2021.

Para tal efecto, se pone de presente que COLPENSIONES en respuesta del 10 de marzo de 2020 procedió a actualizar y validar en la historia laboral del actor los periodos entre el mes de diciembre de 2013 y el mes de octubre de 2016 con el empleador UNILEVER ANDINA COLOMBIA LTDA, así como con la empresa ABBOT LABORATORIES DE COLOMBIA S.A.S. entre el mes de agostos de 2018 y el mes de diciembre de 2019 (Fls. 72 a 74 del Archivo Digital 2).

No obstante, haciendo precisión a los precisos interregnos objeto de corrección de la historia laboral determinados en la fijación del litigio y decididos por el fallador de primer grado que se circunscriben al periodo comprendido entre el mes de noviembre de 2017 y el mes de marzo de 2021, conforme da cuenta la historia laboral actualizada al año 2021 (Fls. 45 a 55 del Archivo Digital 2), se aprecia que en efecto los mismos no se ven imputados al actor; por el contrario, aparecen con observación "*No Vinculado Traslado RAIS*", por lo que dadas las resultas del proceso en el entendido que es COLPENSIONES la administradora a la cual está afiliado el accionante, se mantendrá incólume la orden impartida por

el Juzgado, pues no había razón para que esta encartada no imputara dichos pagos y desconociera la calidad de afiliado del señor GUILLERMO DE LA TORRE FRANCO por las razones expuestas en precedencia, dejando de presente que los IBC determinados por en primer grado son los correctos, en tanto, así se desprende de la historia laboral enunciada, la cual guarda plena congruencia con las de autoliquidación de aportes acreditadas al plenario (del Archivo Digital 73 – Planillas PILA).

Así con todo, se confirmará la sentencia de primer grado. **SIN COSTAS** en esta instancia, dado que los recursos de apelación tanto de la parte demandante como de la demandada no gozaron de prosperidad.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA 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 su integridad la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión**.**

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia al considerarse que no se causaron.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **35 2021 00454 01**
Demandante:	SANDRA LEONOR BLANCO CALDERÓN
Demandados:	COLPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A., Y COLFONDOS S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., en contra de la sentencia proferida el 21 de junio de 2022 por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá.

De igual manera, el presente proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora SANDRA LEONOR BLANCO CALDERÓN promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A., Y COLFONDOS S.A., con la finalidad que se declare que existió vicio en el consentimiento en la afiliación que suscribió con las demandadas PROTECCIÓN S.A., posteriormente con PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A., y nuevamente con PROTECCIÓN S.A., como consecuencia de la falta y ocultamiento de información durante la etapa precontractual y contractual al

traslado. En esa medida, se declare la ineficacia de la afiliación que realizó el 16 de septiembre de 1996, a través de la cual se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; que las administradoras de fondos de pensiones infringieron sus obligaciones legales y constitucionales de acompañamiento y asesoría y que los diferentes traslados horizontales que realizó no convalidan la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, se ordene a PROTECCIÓN S.A. traslade a COLPENSIONES todos los aportes que realizó, junto con sus rendimientos, e igualmente, se ordene a COLPENSIONES acepte e incorpore en su historia laboral dichos rubros y las semanas correspondientes. De la misma forma, se condene al pago de costas y agencias en derecho al extremo pasivo.

Subsidiariamente, solicita en caso de no salir avante las pretensiones principales, se la aplique la excepción de inconstitucionalidad establecida en el artículo 4º de la Constitución Política, y en consecuencia, se ordene la no aplicación del literal e) del artículo 2º de la Ley 797 de 2.003 que modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1.993, y se autorice su traslado de régimen y se ordene a los fondos privados y a COLPENSIONES hacer efectivo el mismo.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 10 de julio de 1965, que se afilió al I.S.S. hoy COLPENSIONES el 16 de marzo de 1993, por lo que al 1º de abril de 1.994 contaba con 53,42 semanas cotizadas en pensiones. Seguidamente, adujo que el 16 de septiembre de 1996, suscribió formulario de afiliación al fondo de pensiones DAVIVIR hoy PROTECCIÓN, como consecuencia de la campaña que realizó ese fondo al interior de la compañía donde laboraba, con la promesa de una mesada superior a la que percibiría en el fondo público, aduciendo que además sería liquidado y sus aportes se perderían, momento para el cual ya contaba con 180,57 semanas en pensiones en el RPMPD.

Igualmente, indicó que DAVIVIR no le suministró información adecuada, suficiente y cierta para su traslado de Régimen de Pensiones, tales como aspectos determinantes de su situación pensional, como la relacionada el bono

Pensional, tampoco se le indagó sobre sus expectativas pensionales, ni se le suministró información sobre las ventajas, desventajas, características, acceso, condiciones y reglas de cada uno de los regímenes de pensiones, ni los efectos y riesgos de efectuar el traslado de régimen de pensiones, ni se le realizó una proyección de su mesada pensional.

Adujo que el 30 de junio de 2000 suscribió formulario de traslado a COLFONDOS S.A., posteriormente, el 31 de julio de 2001 se trasladó a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A, y el 29 de marzo de 2005 nuevamente retornó a PROTECCIÓN S.A., administradoras que incurrieron en las mismas falencias de la primera.

De otra parte, señaló que 17 de marzo de 2020 elevó derecho de petición ante PROTECCIÓN S.A., solicitando se le brindara información respeto a la asesoría que recibió de manera previa y posterior al traslado de régimen, recibiendo información genérica, lo que da cuenta de que no existe soporte alguno que acredite esa situación. Además, según simulación que realizó ese fondo, le indicó que su mesada a los 57 años en el RAIS sería de $960.002 y en el RPMPD de $2.512.110, en esa medida el fondo privado incumplió con sus deberes al no informar oportunamente la afectación a su mínimo vital. Por último, relató que el 18 de junio de 2021 solicitó el traslado de régimen a COLPENSIONES, pedimento que fue denegado.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PORVENIR S.A. se opuso a todas pretensiones presentadas en su contra, argumentado que, no se acreditó en el trámite procesal algún vicio del consentimiento, como lo es el error, la fuerza o el dolo, pues es la ley la que regula todo lo referente a la relación contractual, por ende, en caso de existir algún error, sería sobre un punto de derecho, el cual no vicia el consentimiento. Además, la afiliación de la promotora a ese fondo en el año 2001 fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación, sin que después de 20 años de realizar aportes a ese régimen pueda alegar nulidad alguna, igualmente señaló que la actora se encuentra inmersa en la prohibición establecida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1992, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003.

Formuló como excepciones de mérito las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y la genérica (Fls. 1 a 33 - Archivo 23).

Por su parte, COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contra, aduciendo que no obra prueba alguna que permita colegir que en efecto la demandante fue inducida en error por parte de la AFP, o que se está en presencia de algún vicio del consentimiento, por el contrario, los documentos que obran en el informativo se encuentran ajustados a derecho. Igualmente, no cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, por lo que no procedería el traslado de régimen pensional de conformidad con el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Propuso como excepción previa la de falta de falta de competencia por reclamación administrativa, la cual se declaró no probada en audiencia de 21 de junio de 2022 (Archivo 40). A su vez, señaló como excepciones de fondo las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del C.C., 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 casual de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica. (Archivo 25).

Entre tanto, PROTECCIÓN S.A., en su contestación se opuso a las pretensiones del libelo genitor, arguyendo que se está frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, de lo cual da cuenta el formulario de vinculación que suscribió la actora a ese fondo el cual es un verdadero contrato, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza del Fondo y de la afiliada. Por lo anterior, no puede prosperar la pretensión de ineficacia o nulidad del traslado que se deprecada.

Como excepciones mencionó 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 AFP: inexistencia de la obligación de devolver

la comisión de administración cuando se declarara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica. (Fls. 1 a 35- archivo 29).

A su turno, la demandada COLFONDOS S.A. se opuso a las pretensiones, al respecto señaló cumplió con el deber de información a su cargo al momento del trasladado a ese fondo, ya que brindó a la demandante asesoría integral y completa respecto de todas implicaciones de su decisión de traslado de régimen y el traslado entre administradoras de pensiones, además, la asesoró sobre las diferencias entre ambos regímenes, por lo que las pretensiones de la demanda carecen de fundamento jurídico y fáctico.

Como excepciones formuló las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios en el consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y compensación y pago. (Fls. 1 a 16 Archivo 33).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 21 de junio de 2022, resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado efectuado por SANDRA LEONOR BLANCO CALDERON, al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por DAVIVIR (HOY PROTECCIÓN S.A.), y como consecuencia de ello, se ordena a dicho fondo a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses junto con sus rendimientos.*
>
> *SEGUNDO: CONDENAR a la AFP PROTECCIÓN S.A, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. a pagar con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión AP de la actora por los gastos de administración, conforme al tiempo que ésta permaneció afiliada en el fondo privado, tal como se advirtió en la parte motiva de esta sentencia.*

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a afiliar a SANDRA LEONOR BLANCO CALDERON al régimen de prima media con prestación definida y recibir todos los aportes que ésta hubiese efectuado a la administradora de pensiones y cesantías PROTECCIÓN S.A.

CUARTO: CONDENAR EN COSTAS a la demandada AFP PROTECCIÓN S.A., por lo tanto, se señalan como agencias en derecho a su cargo la suma de $1.000.000, suma que se incluirá en la respectiva liquidación de costas, sin costas a cargo de COLPENSIONES, COLFONDOS S.A y PORVENIR S.A."

Para arribar a dicha conclusión, adujo el *a-quo* que según lo adoctrinado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, resulta aplicable la inversión de la carga probatoria respecto de las AFP en tratándose de ineficacias de traslado, por lo que le correspondía a PROTECCIÓN S.A. demostrar que para la fecha del traslado de la demandante le suministró una información y buen consejo sobre las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales existentes, aspectos que si bien se denota en el presente caso que conoce la actora, lo cierto es, que no se probó que esa información se hubiese suministrado al momento del traslado de régimen; circunstancia por la cual, es procedente la declaratoria de la ineficacia del traslado.

También hizo alusión que al prosperar la ineficacia del traslado y según lo dispuesto por el órgano de cierre, resulta procedente la devolución por parte de PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. de los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, dichos recursos deben ingresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, criterio que es aplicable al porcentaje designado a la constitución del Fondo de Garantía de pensión mínima.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión, la demandada COLPENSIONES la apeló, solicitando se revoque en su integridad la sentencia de primer grado, indicando que según el artículo 271 de la ley 100 de 1993, no tiene cabida la declaratoria de ineficacia del acto de afiliación al régimen pensional a causa de la deficiencia en el deber de información, pues como se comprobó en el interrogatorio de parte, la demandante conocía los dos regímenes pensionales. Además, su profesión y su desempeño laboral, le han permitido conocer cómo se administran lo regímenes pensionales, máxime cuando se benefició de cada

uno de ellos, como lo expuso el *a-quo*, sin que pueda alegarse ahora desconocimiento de la norma.

Igualmente, indicó que aceptar el retorno, contribuye a la descapitalización del sistema de pensiones y afecta la sostenibilidad financiera del mismo, poniendo en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados a ese régimen, pues la motivación del traslado obedece al hecho que los aportes no generaron los rendimientos esperados.

De otro lado, expone que confirmarse la sentencia de primera instancia, se autorice a esa a demandada obtener por las vías judiciales pertinentes el valor de los perjuicios que se le causen por asumir una obligación pensional de la demandante en los montos no previstos y sin las reservas dispuestas para tal fin. Así mismo, no se autorice a los fondos descontar seguros de invalidez y sobrevivencia, pues ello contribuiría a la descapitalización del sistema pensional. Por último, solicita no se condene en constas de segunda instancia, ya que fue un tercero de buena fe que se acogió a lo expresamente señalado por la norma, por tanto, no es justo una condena en costas.

Entre tanto, PORVENIR en su alzada, adujo que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, pues la Ley 100 de 1993, fue promulgada en el diario oficial, norma que estableció el sistema de seguridad social integral en pensiones, creando dos regímenes solidarios y excluyentes pero que coexisten, como son el régimen de prima media con prestación definida y el régimen ahorro individual con solidaridad. Luego, no es dable que el contrato de afiliación sea un contrato de reconocimiento de prestaciones, sino un contrato de administración de recursos, toda vez que las partes no tienen la libertad de pactar condiciones de reconocimiento de prestaciones diferentes al que fue establecido en la ley. De modo, que la demandante debía conocer la información que le permitió tomar la decisión de trasladarse de régimen pensional, sin que pueda aducir que PORVENIR abuso de su posición dominante.

Sin embargo, en caso de confirmarse la sentencia de instancia, solicita no se le condene a devolver los conceptos de comisiones y gastos de administración, pues la demandante ya no se encuentra afiliada a ese fondo y en su momento

trasladó todo el saldo de su cuenta a la AFP ING; además son rubros que la ley autoriza su descuento como consecuencia de la administración del capital que reposa en la cuenta individual de la demandante, luego, lo procedente es la devolución en la forma establecida en el artículo 113 literal B de la ley 100 de 1993.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional que realizó la demandante.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo

estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *"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".

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *"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 en 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. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto",* criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

> *"[…] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante".*

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

> *"Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que*

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 ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, o si se trasladó de manera horizontal, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que efectuó la actora el 16 de septiembre de 1996, con la DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A. (Fl. 10 archivo 06), efectiva a partir del 1º de noviembre de esa misma anualidad como se aprecia de la certificación del SIAFP (Fls. 97 a 98 - archivo 23 y Folio 87 - archivo 29), formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *"Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado".*

Por otra parte, la actora en el interrogatorio de parte que rindió, señaló que estando al servicio del CLARO se llevó a cabo una reunión en las instalaciones de la empresa con diferentes fondos, los cuales indicaron que el Instituto de Seguros Sociales seria liquidado y que sus aportes y sus pensiones se verían en riesgo, y la manera de asegurar ese ahorro era trasladándose al fondo privado,

igualmente se les dijo que se podían pensionar antes de la edad estipulada en COLPENSIONES y así podían asegurar su pensión. Ahora, si bien se denota cierto conocimiento de la actora frente a los regímenes del sistema general de pensiones, lo cierto es, que tal información no se advierte que se hubiese adquirido previamente al traslado, y menos que hubiese provenido del fondo de pensiones privado al que se trasladó inicialmente, como lo alega COLPENSIONES en su alzada.

De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna sobre el pleno suministro de una debida información, luego, al ser el formulario de afiliación la única prueba relevante que advierta una información de DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A. al momento del traslado de la demandante según lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, siendo evidente la carencia probatoria de esa encartada para soportar la inversión de la carga de la prueba que le asiste, lo cual por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

Ahora bien, tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *"la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:*

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información**	**Contenido mínimo y alcance del deber de información**
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales

	información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa No. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado al actor para el año 1996, una *"Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*".

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón al fallador de instancia al declarar la ineficacia del traslado, dado que la AFP no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen.

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración, aspecto objeto de inconformidad de la demandada PORVENIR S.A. en su disenso, se memora que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló al respecto:

> *"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."

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

"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 COLFONDOSS.A. Deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales".

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión, luego, acorde con tales consideraciones resultan imprósperos los argumentos esbozados por PORVENIR S.A.

Respecto a una posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera, al que hace alusión COLPENSIONES en su disenso, debe indicarse que, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha señalado sobre el particular:

"Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional

al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

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

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

En igual sentir, en sentencia SL 1440 del 2021, se estipuló y dejo sentada la línea jurisprudencial de la siguiente manera:

"Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que PORVENIR S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a COLPENSIONES, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.

"Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta

de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

"En esa línea, esta Sala de casación ha insistido en el traslado de los gastos de administración como efecto de la ineficacia, así se señaló en la sentencia CSJ SL 2877-2020:

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

"Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.

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

"En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a COLPENSIONES de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional."

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiara, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas del accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *"la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción".*

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se predica de la pretensión consecuencial de la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.

En lo atinente a la inconformidad que presenta COLPENSIONES respecto a la condena en costas de segunda instancia, debe indicarse que el numeral 3º del artículo 365 del C.G.P., aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., autoriza la imposición de estas al recurrente, sin que sea necesario entrar a analizar el actuar de la entidad, según se expuso en sentencia SL2461-2021, Radicación No. 82211 del 8 de junio de 2021. Adicionalmente, cualquier inconformidad frente a la liquidación y el monto, podrá ser controvertido en el momento procesal oportuno, conforme lo normado en el artículo 366 del C.G.P.

En cuanto a la solitud que eleva COLPENSIONES de que se autorice iniciar por vía judicial las acciones del caso a fin de obtener el pago de los perjuicios que le ocasiona el asumir las obligaciones que se generan por la decisión adoptada en el presente trámite procesal, debe mencionar la Sala que no ahondara en tal aspecto, en tanto, la disposición del derecho corresponde a las partes.

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

> *"Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada PORVENIR S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020).*
>
> *"De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de PORVENIR S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.*

Así las cosas, se adicionará y modificará la orden emitida en primera instancia, recogiendo cualquier criterio expuesto con anterioridad sobre el particular.

SIN COSTAS en esta instancia.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA 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: ADICIONAR Y MODIFICAR los numerales primero y segundo de la sentencia proferida el 21 de junio de 2022 por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, a fin de disponer:

SEGUNDO: DEJAR SIN EFECTOS la afiliación efectuada y en consecuencia **CONDENAR** a la demandada PROTECCIÓN S.A. antes DAVIVIR, a que transfiera todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto a las sumas correspondientes a rendimientos y comisiones por administración indexados a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES). La citada AFP también deberá devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

De la misma forma, deberán proceder las demandadas PORVENIR S.A y COLFONDOS S.A., frente a la devolución a COLPENSIONES de los gastos de administración de los aportes efectuados por la demandante mientras estuvo afiliada a esas administradoras.

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

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN **CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR**
Magistrado **Magistrado**

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral:	1100131050 **36 2014 00587 01**
Demandantes:	JULIO ALBERTO SUAREZ ROZO Y EVARISTO AVENDAÑO NIÑO
Demandados:	CORTÁZAR Y GUTIÉRREZ LTDA.; ASFALTOS LA HERRERA S.A.S. y la UNIDAD ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandante en contra de la sentencia proferida el 8 de junio de 2022 por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA:

Los señores JULIO ALBERTO SUAREZ ROZO y EVARISTO AVENDAÑO NIÑO, promovieron demanda ordinaria laboral en contra de las sociedades CORTÁZAR Y GUTIÉRREZ LTDA. y ASFALTOS LA HERRERA S.A.S. como integrantes del CONSORCIO LUZ y contra la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL - UAERMV, con la finalidad que se declare que las sociedades de derecho privado convocadas a juicio integran el CONSORCIO LUZ, el cual fue empleador de los demandantes JULIO ALBERTO SUAREZ ROZO y EVARISTO AVENDAÑO NIÑO del 22 de agosto hasta el 21 de septiembre de 2012 y del 3 de julio hasta el 9 de agosto de 2012, respectivamente; asimismo, se declare que las sociedades que integran el Consorcio deben responder solidariamente por las acreencias

laborales adeudadas a los accionantes, y de la misma forma, se declare que la UAERMV debe responder solidariamente por los emolumentos que se adeudadas a los promotores, por haber sido beneficiaria de la labor prestada.

Como consecuencia de tales declaraciones, pretenden que se condene solidariamente a las sociedades que integran el CONSORCIO LUZ, a pagar al demandante JULIO ALBERTO SUÁREZ ROZO el salario más las prestaciones sociales y las vacaciones causadas del 22 de agosto al 21 de septiembre de 2012; y en el caso del demandante EVARISTO AVENDAÑO NIÑO se ordene el pago del salario devengado del 1º al 9 de agosto de 2012, las prestaciones sociales y las vacaciones causadas del 3 de julio al 9 de agosto de 2012, en las sumas que reseñan en el libelo genitor. De otra parte, solicitan se las condene a pagar la indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus aspiraciones el demandante JULIO ALBERTO SUÁREZ ROZO adujo se vinculó con el Consorcio accionado del 22 de agosto de 2012 hasta el 21 de septiembre de 2012, desempeñando el cargo de Operador de Vibro en esta ciudad, actividad relacionada con la reparación, ampliación y mantenimiento de la malla vial de la ciudad de Bogotá. Relató que los vehículos con los que realizaba su labor eran suministrados por el CONSORCIO LUZ y que prestaba sus servicios de manera personal, cumpliendo un horario y que ante su incumplimiento recibía llamados de atención; además, expuso que las instrucciones para realizar su labor eran emitidas por los representantes del CONSORCIO LUZ, sucediendo lo mismo con la demandada UAERMV.

Refirió que su remuneración promedio mensual fue de $759.000, y que a la terminación de la relación laboral no le fueron solucionados los salarios, las prestaciones sociales y las vacaciones causadas en vigencia del contrato de trabajo, además que no fue afiliado al Sistema Integral de Seguridad Social; que efectuó reclamación ante la UAERMV y que conminó al Consorcio para que pagara los emolumentos adeudados.

Entre tanto, el demandante EVARISTO AVENDAÑO NIÑO adujo que fue contratado por el CONSORCIO LUZ el 3 de julio de 2012, relación que se

mantuvo hasta el 9 de agosto de 2012, desempeñando el cargo de Ayudante de Obra en la ciudad de Bogotá, actividad relacionada con la reparación, ampliación y mantenimiento de la malla vial de la ciudad. Sostuvo que prestó sus servicios de manera personal, cumpliendo un horario y ante el incumplimiento de este, recibía llamados de atención. De la misma forma, indicó que las instrucciones para realizar su labor eran emitidas por los representantes del CONSORCIO LUZ y la UAERMV.

Sostuvo que su remuneración mensual fue de $566.700, y que al finiquito del contrato no le fueron pagadas el salario devengado del 1º al 9 de agosto de 2012, las prestaciones sociales y las vacaciones causadas del 3 de julio de 2012 al 9 de agosto de 2012. Igualmente, adujo que no fue afiliado al Sistema Integral de Seguridad Social, y que efectuó reclamación ante la UAERMV y a su vez conminó al Consorcio para que pagara las obligaciones laborales.

Se indicaron como hechos comunes para ambos accionantes, que las encartadas CORTÁZAR Y GUTIÉRREZ LTDA. y ASFALTOS LA HERRERA S.A.S. conformaron el CONSORCIO LUZ, el cual suscribió el 10 de marzo de 2011 el contrato No. 113 con la UNIDAD ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL, entidad descentralizada del orden distrital, adscrita a la Secretaría de Movilidad de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C.; que el Consorcio fue contratado por la referida Unidad para ejecutar las obras de mantenimiento vial de la ciudad de Bogotá, lo cual es función de esa entidad, la que a su vez era beneficiaria de los servicios prestados por los demandantes (Fls. 6 a 20 y 60 a 73 – Carpeta 01 - Archivo 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL – UAERMV, contestó la demanda con oposición a las pretensiones elevadas en su contra, entre ellas, la relacionada con la solidaridad deprecada por el extremo activo, toda vez que el contrato celebrado con el Consorcio demandado no fue un contrato de obra, sino que se trató un contrato de suministro de personal, y además la entidad no es la beneficiaria de la obra, pues es la comunidad quien la utiliza, a lo que se suma que el objeto de la Unidad no es el suministro de personal, luego, la labor

contratada no es conexa con su actividad principal. De otra parte, señaló que no reconoce ningún periodo laborado por los demandantes.

Propuso como excepciones previas las de ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales, falta de agotamiento de la reclamación administrativa y prescripción. (Fls. 213 a 219 – Carpeta 01- Archivo 01). Desistiendo de las dos primeras, en audiencia de 30 de septiembre de 2021, diligencia en la que se dejó el estudio de la excepción previa de prescripción para el momento de proferir el fallo; e igualmente se negó la nulidad presentada por la demandada ASFALTOS LA HERRERA LTDA. por indebida notificación. (Carpeta 19).

Formuló como excepciones de mérito las de falta de reclamación administrativa, prescripción, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación, temeridad y mala fe del demandante, la genérica y pago parcial respecto del demandante EVARISTO AVENDAÑO NIÑO (Fls. 80 a 101 – Carpeta 01- Archivo 01).

Por auto de 14 de junio de 2016, se rechazó el llamamiento en garantía efectuado por la UAERMV a la PREVISORA S.A., y se dispuso, designar curador *ad litem* y emplazar a CORTÁZAR Y GUTIÉRREZ LTDA. y ASFALTOS LA HERRERA S.A.S. (Fls. 265 a 266 y 280 – Carpeta 01- Archivo 01).

Mediante proveído de 13 de julio de 2017, se tuvo por no contestada la demanda por parte de las enjuiciadas CORTÁZAR Y GUTIÉRREZ LTDA. y ASFALTOS LA HERRERA S.A.S. De la misma forma, se inadmitió la reforma a la demanda presentada por el extremo activo, en cuanto a los hechos, pretensiones y pruebas del escrito inaugural, la cual fue admitida a través de auto de 5 de diciembre de 2017. (Fls. 301 a 328, 445, 446 a 448 y 452 – Carpeta 01- Archivo 01).

1.4 REFORMA DE LA DEMANDA:

Acorde con lo anterior, se advierte que los señores JULIO ALBERTO SUAREZ ROZO y EVARISTO AVENDAÑO NIÑO, impetraron demanda ordinaria laboral en contra de CORTÁZAR Y GUTIÉRREZ LTDA. y ASFALTOS LA HERRERA S.A.S. como integrantes del CONSORCIO LUZ y la UNIDAD ADMINISTRATIVA

ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL - UAERMV, con la finalidad que se declare que la UAERMV fue su empleador del 22 de agosto hasta el 21 de septiembre de 2012 y del 3 de julio hasta el 9 de agosto de 2012, respectivamente; y que las sociedades que integran el CONSORCIO LUZ deben responder solidariamente por las acreencias laborales que se les adeudan al haber fungido como intermediarios de la actividad prestada.

En subsidio, solicitan se declare que el CONSORCIO LUZ fue el empleador de los demandantes en los periodos antes referidos y que la UAERMV debe responder por las acreencias labores que se les adeudan en ese mismo lapso, en tanto, fue beneficiaria de los servicios que prestaron; además, que las sociedades que integran el CONSORCIO LUZ deben responder solidariamente por los emolumentos adeudados.

Como consecuencia de tales declaraciones, pretende se condene solidariamente a las sociedades que integran el CONSORCIO LUZ y a la UAERMV, a pagar al demandante JULIO ALBERTO SUAREZ ROZO los salarios, las prestaciones sociales y las vacaciones causadas del 22 de agosto hasta el 21 de septiembre de 2012. Por su parte, el demandante EVARISTO AVENDAÑO NIÑO solicita se condene a pagar los salarios, las prestaciones sociales y las vacaciones generadas del 3 de julio hasta el 9 de agosto de 2012, en las sumas que reseñan en el escrito de reforma. Además, solicitan se condene al pago de la indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T., junto con las costas procesales (Fls. 301 a 328 y 446 a 448 – Carpeta 01- Archivo 01).

1.5 SUPUESTOS FÁCTICOS DE LA REFORMA:

Indicaron los promotores en la reforma a la demanda que en la práctica el CONSORCIO LUZ suministró personal para el mantenimiento de la malla vial de Bogotá a la UAERMV, para lo cual fueron contratados, y que ante el incumplimiento del horario laboral recibían llamados de atención, tanto de los representantes del CONSORICIO LUZ como de la UAERMV y que la infraestructura para la ejecución de la labor era suministrada por el Consorcio y eventualmente por la Unidad, sucediendo lo mismo con los elementos de trabajo. Además, que la logística para el desarrollo de las actividades era organizada por el Consorcio y también por la UAERMV; por último, refirieron

que efectuaron un requerimiento a la Unidad para el pago de sus acreencias laborales, ante lo cual la entidad señaló en su respuesta que los demandantes no eran trabajadores de esa entidad, trayendo a colación un acto administrativo que ordena el pago de los anteriores emolumentos.

Adicionalmente, respecto al demandante JULIO ALBERTO SUAREZ ROZO indicó que en el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá bajo el radicado 2014-00457cursa un proceso en donde obran las mismas partes y expusieron como defensa que la Unidad ordenó pago (liquidación del contrato 113 de 2011 de 16 de julio de 2013), es decir, que un mismo pago lo están aduciendo en dos causas jurídicas diferentes.

1.6 CONTESTACIÓN A LA REFORMA A LA DEMANDA:

La enjuiciada UAERMV contestó la reforma de la demanda, con oposición a las pretensiones principales y subsidiarias planteadas, aduciendo que no fue el empleador de los demandantes, además no se cumplen los presupuestos del artículo 23 del C.S.T., máxime cuando en los hechos de la demanda son claros en referir que la contratación laboral fue realizada por el Consorcio encartado, quienes a través de sus empleados coordinaban al personal. Además, la solidaridad no es aplicable al caso, dado que en la cláusula tercera y octava del contrato 113 de 2011 el Consorcio Luz se obligó a responder por las obligaciones laborales de sus empleados.

Formuló como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación a cargo de la UAERMV, cobro de lo no debido, pago de la obligación, prescripción y la genérica y pleito pendiente. En cuanto a las excepciones previas que se formularon en la contestación a la reforma en la audiencia del artículo del 77 del CPT y de la SS, se indicó que habían sido formuladas como de mérito, decisión que quedo en firma sin objeción por parte de los interesados (Fls. 453 a 479 – Carpeta 01- Archivo 01).

Mediante auto de 30 de julio de 2018, se tuvo por no contestada la reforma a la demanda por parte de las enjuiciadas CORTÁZAR Y GUTIÉRREZ LTDA. y ASFALTOS LA HERRERA S.A.S. De la misma forma, se inadmitió inicialmente el llamamiento en garantía que realizó UAERMV a la PREVISORA S.A., y

posteriormente se accedió al mismo mediante auto de 28 de enero de 2019. Además, se rechazó pro extemporánea la contestación que presentó el liquidador ASFALTOS LA HERRERA S.A.S. EN LIQUIDACIÓN (Fls. 93 a 94 y 140 a 141 – Carpeta 01- Archivo 02).

La llamada en garantía la PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda y la reforma, ya que no existe solidaridad respecto a las integrantes del CONSORCIO LUZ y se debe cumplir con la carga probatoria a efecto de probar tal situación.

Propuso como excepciones la de falta de demostración de la existencia de contrato de trabajo entre la UAERMV y los demandantes, falta de demostración de la solidaridad que operaria respecto a las acreencias laborales, inexistencia de unidad de empresa, pago, cobro de lo no debido, improcedencia de la sanción moratoria reclamada, prescripción y la genérica.

En cuanto a las pretensiones del llamamiento en garantía señaló que no se configuraron los supuestos que desencadenan el amparo de pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales, por ende, las obligaciones a su cargo se encuentran limitadas a los términos del contrato de seguro.

Planteó como excepciones de fondo las de ausencia de responsabilidad de la UAERMV - no existe cobertura de la póliza, la cobertura otorgada por la póliza se circunscribe a los términos su clausulado, la responsabilidad de la aseguradora se limita al valor de la suma máxima asegurada, prescripción de las acciones y contratos emanados del Contrato de Seguro. (Fls. 164 a 221- Carpeta 01- Archivo 02).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 8 de junio de 2022, declaró que entre el demandante EVARISTO AVENDAÑO NIÑO y el *"CONSORCIO SOL"* (sic), integrado por CORTÁZAR GUTIÉRREZ LTDA. Y ASFALTOS HERRERA S.A.S. EN LIQUIDACIÓN., existió un contrato de trabajo entre el 3 de julio y el 9 de agosto de 2012. En consecuencia, condenó a CORTÁZAR GUTIÉRREZ LTDA. Y ASFALTOS HERRERA S.A.S. EN LIQUIDACIÓN

como integrantes del *"CONSORCIO SOL"* (sic) a reconocer y pagar a EVARISTO AVENDAÑO NIÑO la suma de $58.615, y absolvió a las encartadas de las demás pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas al demandante JULIO ALBERTO SUAREZ ROZO a favor de la UAERMV y las integrantes del "*CONSORCIO SOL"* (sic). También condenó en costas a las sociedades que integran el *"CONSORCIO SOL"* (sic) a favor de EVARISTO AVENDAÑO NIÑO.

Para arribar a esa conclusión, adujo que el problema jurídico a resolver consistía en determinar si entre la UAERMV y los demandantes existió un contrato de trabajo en los periodos que se indican en la demanda y su reforma, si hay lugar al pago de las acreencias reclamadas en el libelo introductorio, emolumentos por los que deben responder solidariamente las sociedades integrantes del CONSORCIO LUZ, o si el citado CONSORCIO fue el verdadero empleador, y la UAERMV debe responder solidariamente.

Precisado lo anterior, al analizar lo atinente a la existencia del contrato de trabajo, memoró los artículos 23 y 24 del C.S.T., y el artículo 53 de la C.P.; refirió que además de acreditar la prestación personal del servicio le corresponde al trabajador acreditar los demás supuestos de facto que aluden la demanda, como son los extremos de la relación laboral, el salario y el trabajo suplementario, de acuerdo con lo normado en el artículo 167 del C.G.P. y lo indicado por la Corte Suprema de Justicia entre otras, en la sentencia SL102 de 2020. En lo tocante a la intermediación laboral, mencionó el artículo 35 del C.S.T. y lo expuesto en la sentencia SL868 de 2013, que explica las dos clases de intermediarios que existen en el ámbito laboral, además acotó frente al contratista independiente, que las personas que se vinculan bajo su mandato están sujetas a un contrato de trabajo, sin perjuicio de las reglas sobre responsabilidad solidaria definidas en artículo 36 del C.S.T.

Acorde con lo expuesto, al analizar los medios probatorios allegados al trámite procesal, hizo mención a las Actas de Liquidación y el otrosí del Contrato por Obra No. 113 del 2001, y los documentos aportados al plenario que dan cuenta de la conformación del Consorcio demandado. Igualmente, expuso que la Tesorería de la de la UAERMV indicó que existen pagos a favor del demandante EVARISTO AVENDAÑO NIÑO por $610.149, y del accionante JULIO ALBERTO SUÁREZ ROZO por $1'753.178. También, se aportó el auto admisorio de la

demanda que impetró JULIO ALBERTO SUÁREZ ROZO contra la Unidad y las demás encartadas, el cual cursó en el Juzgado Treinta Laboral de esta ciudad, en la que se reclaman acreencias causadas en el 22 de marzo y el 21 de agosto del 2012, igualmente se encuentra auto admisorio de demanda, en el mismo sentido que cursó en el Juzgado Veintiuno Laboral de esta ciudad, demanda en la que se reclamaron las acreencias causadas del 9 de febrero al 9 agosto del 2012.

También señaló que se expidió certificación a favor del demandante EVARISTO AVENDAÑO NIÑO del 5 de septiembre 2012, en la que se indica el salario, los extremos temporales y la modalidad del contrato suscrito, no obstante, respecto al demandante JULIO ALBERTO SUÁREZ ROZO, aduce que solo reposa la carta de terminación del contrato de trabajo del 19 de septiembre del 2012 y la consulta afiliados compensados en salud en la que se anota como cotizante en salud para el año 2014.

Así, al analizar las declaraciones de parte que depusieron los demandantes, memoró que las mismas tienen por objeto buscar la confesión de la parte, por lo que solo es posible tener en cuenta aquellas manifestaciones que perjudican a la parte o que favorecen a la parte contraria, tal como se indicó en sentencia SL16572 de 2016, en donde además se señaló que cualquier aseveración que los favorezca requiere ser confirmada con otro medio de convicción.

En esa medida, al examinar el testimonio de MILTON PÉREZ MORALES quien prestó sus servicios como conductor al servicio del CONSORCIO entre el 12 de febrero y el 20 de noviembre del 2012, expuso que a la única persona que observó al demandante es el señor JULIO ALBERTO SUÁREZ ROZO, quien era vibro compactador en la troncal de la Caracas, de modo, que al estar acreditado únicamente el extremo final de la relación laboral por parte de dicho accionante, lo cual ocurrió el 21 de septiembre de 2012, según la carta de terminación que milita folio 29, sin que exista otro medio de convicción que permita dilucidar el extremo inicial de la relación laboral, en tanto el testigo no esclareció la fecha de prestación de los servicios, no se cumplió con la carga probatoria que le incumbía, por lo que absolvió a las demandadas por las pretensiones elevadas por el citado demandante en su contra.

En cuanto al demandante EVARISTO AVENDAÑO NIÑO, dijo que acreditó la prestación personal del servicio del 3 de julio al 9 de agosto del 2012 para el CONSORCIO demandado, desempeñando el cargo de ayudante de obra, según la certificación de folio 24, sin embargo, no se encuentra otra medio de prueba que permita tener claridad sobre las circunstancias de modo y lugar en las que se ejecutaron las tareas asignadas a su cargo, ni siquiera se puede corroborar que la prestación personal de los servicios fue a favor de la UAERMV, mucho menos que esa entidad fungiera como verdadero empleador y que el CONSORCIO fuese un simple intermediario, pues el testigo no expreso nada al respecto, por lo que no era dable acceder a las pretensiones principales que buscan la declaratoria del contrato con la Unidad, por ende, declaró la existencia del contrato de trabajo con el CONSORCIO LUZ del 3 de Julio al 9 de agosto del 2012, periodo en el que percibió el salario mínimo legal mensual vigente.

Acorde con lo anterior, al analizar las pretensiones relacionadas con el pago de las acreencias deprecadas en la demanda por ese promotor, dijo que tenía derecho al pago de $170.000 por salarios, $56.670 por prima, $56.670 por cesantías, vacaciones $28.335 e intereses a las cesantías $680, lo que arroja un total de $312.365. Empero, señaló que de acuerdo al Contrato de Cesión Derechos Económicos derivado de la liquidación del Contrato de Obra No. 113 de marzo 10 del 2011, advirtió que la Unidad realizó un pago de $610.149, mediante transferencia bancaria (Fls. 559 a 562 - Carpeta 1 - Archivo 1 y los folios 1 a 9 - Carpeta 2 - Archivo 2); pago que se tuvo en cuenta en el proceso No. 029–2014-189 de cara a las obligaciones laborales que se declararon en favor del citado demandante por el contrato vigente del 2 de septiembre del 2011 al 21 de abril del 2012; no obstante, pese a ello destacó que en dicho proceso se fulminó condena a favor del actor por salarios únicamente por $356.399, por tanto, el valor restante del pago de $610,149, deja un saldo a favor de $253.750 el cual imputó al presente proceso, dejando únicamente pendiente por pago la suma de $58.615 por las acreencias que se adeudan.

Respecto a la indemnización moratoria, dijo que en el caso de autos, si bien no se justificó el impago de las acreencias adeudadas por parte del empleador, lo cierto era que en el proceso 11001 31 05 29 2014-189 se ordenó el pago de la sanción moratoria con ocasión al contrato de trabajo que existió del 2 de

septiembre del 2011 al 21 abril del 2012, la cual se estableció hasta la fecha del pago de los $610,149, es decir, hasta el 9 de enero del 2014, acotando que existieron dos contratos de trabajo con la misma empleadora, luego, al no ser acumulable la indemnización moratoria por el no pago de prestaciones sociales, según se dijo en sentencia SL9586 de 2016 con Radicado No. 47837, y al haberse emitido condena en tal sentido, adujo la *a-quo* que no era dable imponer una nueva condena por el mismo concepto, además porque la condena impartida en ese proceso se limitó hasta la fecha en que se realizó el pago de $610,149 por parte de la Unidad cuyo saldo quedó imputado, encontrando así acreditada la buena fe y absolviendo de tal pedimento.

Frente a la responsabilidad solidaria de la Unidad, dijo que al haberse declarado que el empleador era el CONSORCIO, y sin que obre prueba de la prestación de los servicios a favor de la Unidad no había lugar a impartir condena al respecto. Por último, condenó en costas al demandante JULIO ALBERTO SUÁREZ ROZO a favor de la UAERMV y de los integrantes del CONSORCIO *"SOL"* (sic), y también condenó al citado CONSORICIO a pagar costas a favor del demandante EVARISTO AVENDAÑO NIÑO.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión de la *a-quo* la parte demandante la apeló. Señaló respecto al demandante JULIO ALBERTO SUÁREZ ROZO, que con las documentales que obran en el expediente y las certificaciones laborales y la de terminación del contrato de trabajo, y la declaración rendida por el testigo, quedó demostrado que dicho demandante laboró al servicio de la UAERMV, desde el 22 de agosto del 2012 hasta el 21 de septiembre del 2012, devengando como salario $759.000, ejecutando el cargo de Operador de Vibro Compactadora y que a la finalización del vínculo le quedaron adeudando 30 días de salario, más prestaciones sociales y las vacaciones proporcionales al tiempo laborado, sin que hayan sido sufragadas a la fecha, acotando que el Juzgado de primer grado no tuvo en cuenta el interrogatorio de parte, el cual ha sido implementado en el C.G.P. y que la falta de contestación de la demanda por parte de CORTÁZAR Y GUTIÉRREZ LTDA. y ASFALTOS LA HERRERA S.A.S., debe tener una consecuencia procesal, lo que se debe tener como indicio en

contra esas accionadas, además esas entidades demandadas no demostraron la situación diferente a la señalada.

Además, dijo que debía tenerse como verdadero empleador del citado demandante a la UAERMV, en tanto suministró al trabajador las herramientas, la logística, la infraestructura para ejecutar la actividad encomendada al trabajador, además impartió órdenes y era el dueño de los locales y beneficiario a la actividad prestada, ello conforme el principio de la primacía de la realidad y lo señalado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia 25713.

Frente al demandante EVARISTO AVENDAÑO NIÑO, señala que también se allegaron certificaciones laborales, con las que se demuestra que ejecutó el cargo de Ayudante del 3 de julio del 2012 al 9 agosto del 2012, con un salario $566.700, sin que se la hayan cancelado nueve (9) días de salario, más prestaciones sociales y vacaciones proporcionales al tiempo laborado. Sin embargo, aunque el Juzgado primigenio determinó que el verdadero empleador fue el CONSORCIO LUZ, lo cierto es, que en este caso también se debe tener como verdadero empleador a la UAERMV, pues suministró al trabajador las herramientas y la infraestructura para ejecutar su labor, además impartía órdenes a través de sus representantes y que era el dueño de los locales y beneficiaría de la actividad que prestó, conforme lo dispuesto en el artículo 53 de la C.P. y la sentencia anteriormente referida. Más adelante señaló, que en caso de no ser acogidas las pretensiones principales frente al demandante JULIO ALBERTO SUÁREZ ROZO, deben acogerse las subsidiarias, es decir, que el CONSORCIO LUZ fue el verdadero empleador.

Refiere que en el caso de la indemnización moratoria, en el caso de ambos demandantes, existía mala fe por parte del empleador, pues a la finalización del vínculo laboral les quedó adeudando salarios, prestaciones sociales y vacaciones sin justificación alguna, presumiéndose así su mala fe, por lo que se traslada la carga de la prueba a fin de que demuestre las razones que justifican su proceder, lo cual no se probó en el transcurrir del proceso, misma situación que debe ser analizada en caso de ser acogidas las pretensiones subsidiarias, pues las sociedades que integran el CONSORCIO demandado fueron intervenidas, lo que conllevó a la declaratoria de caducidad del contrato

suscrito entre la Unidad y el CONSORCIO LUZ, sin que a la fecha hayan sufragados los salarios y demás acreencias adeudadas a los trabajadores. Además, señaló que dicha indemnización para ambos demandantes debe correr hasta la fecha en que se demuestre el pago.

Adujo que de resultar avantes las pretensiones principales, es decir, que la Unidad es el verdadero empleador, debe condenarse solidariamente al CONSORCIO LUZ, empero, de no ser así, y de salir prosperas las pretensiones subsidiarias la Unidad debe ser condenada solidariamente.

En cuanto a los pagos que adujo la UAERMV, expuso que no podían ser tenidos en la cuenta como quiera que aduce un mismo pago en dos procesos diferentes, ya que son procesos que corresponden a extremos laborales diferentes, por lo que procede la sanción moratoria al que se llevó a cabo en los Juzgados 29 y 30 Laboral, sentencias que fueron confirmadas por el Tribunal, por lo que no era posible aplicar un saldo a favor en el caso del demandante EVARISTO AVENDAÑO NIÑO, pues se trata de una situación diferente.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin avizorar causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá auscultar en primer lugar, si se acreditó la existencia de un contrato de trabajo entre la parte actora y la UNIDAD ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL; en caso afirmativo se analizará lo atinente a la solidaridad de las sociedades CORTÁZAR Y GUTIÉRREZ LTDA, y ASFALTOS LA HERRERA S.A.S. como integrantes del CONSORCIO LUZ, y la prosperidad de las condenas deprecadas de forma principal.

En caso de no prosperar las anteriores suplicas, se abordará el estudio de las pretensiones elevadas de forma subsidiaria, por ende, se deberá establecer ante la existencia del contrato de trabajo entre los demandantes y las sociedades CORTÁZAR Y GUTIÉRREZ LTDA. y ASFALTOS LA HERRERA S.A.S. como integrantes del CONSORCIO LUZ, lo atinente a la solidaridad de la UNIDAD ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL, y la viabilidad de las condenas solicitas de forma subsidiaria.

c. De la Relación Laboral:

Inicialmente se debe acotar que por activa se pretende la declaratoria de un contrato de trabajo como medio de vinculación entre los demandantes y la UNIDAD ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL, y no con el CONSORCIO LUZ, como lo estableció la falladora de instancia, respecto al demandante EVARISTO AVENDAÑO NIÑO.

Para el efecto, resulta menester precisar que, en virtud del principio de la realidad, los actores pretenden el reconocimiento del contrato de trabajo con la entidad oficial, por ende, les sería aplicable el régimen legal de los trabajadores oficiales. Así las cosas, el artículo 2º del Decreto 2127 de 1945, consagra que "*para que haya contrato de trabajo se requiere que concurran estos tres elementos: a) La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo; b) La dependencia del trabajador respecto del patrono, que otorga a éste la facultad de imponerle un reglamento, darle órdenes y vigilar su cumplimiento, la cual debe ser prolongada, y no instantánea ni simplemente ocasional, y c) El salario como retribución del servicio".*

A su vez el artículo 3º *ejusdem,* estipula que *"una vez reunidos los tres elementos de que trata el artículo anterior, el contrato de trabajo no deja de serlo por virtud del nombre que se le dé; ni de las condiciones peculiares del patrono, ya sea persona jurídica o natural; ni de las modalidades de la labor; ni del tiempo que en su ejecución se invierta; ni del sitio en donde se realice, así sea el domicilio del trabajador; ni de la naturaleza de la remuneración, ya en dinero, ya en especie o ya en simple enseñanza; ni del sistema de pago; ni de otras circunstancias cualesquiera"*.

Ahora bien, respecto de la aplicación del principio de primacía de la realidad, en tratándose de trabajadores oficiales, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL5090-2020, Radicación No. 78924 del 2 de diciembre de 2020, señaló:

> *"En torno a este punto, por elemental que parezca, la Sala considera preciso recordar que nuestro ordenamiento jurídico está cimentado en el reconocimiento y la protección del trabajo realizado por las personas subordinadas en beneficio de otras, independientemente de la fórmula o modalidad contractual que se utilice por las partes o de las maniobras tendientes a desconocer sus especiales garantías, como lo afirma la censura y no lo desconoció el Tribunal, en cumplimiento de normas como el artículo 53 de la Constitución Política, el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo y 3 del Decreto 2127 de 1945, entre otras.*
>
> *"Sin embargo, en nuestro contexto no existe un marco unificado de regulación de las relaciones de trabajo, sino una particular clasificación de los trabajadores, con sistemas normativos propios, especiales y diferentes, en función de la naturaleza jurídica de su vínculo y de la persona jurídica a la que prestan sus servicios, por ejemplo. En ese sentido, por regla general, la ley reconoce a los trabajadores particulares, que prestan sus servicios a personas de naturaleza privada y que se encuentran regidos en su parte individual por el Código Sustantivo del Trabajo; a los trabajadores oficiales, vinculados a través de contratos de trabajo con entidades de naturaleza pública y regidos por normas especiales como la Ley 6 de 1945 y el Decreto 2127 de 1945, entre muchas otras; y a los empleados públicos, ligados a la administración pública a través de una relación legal y reglamentaria.*
>
> *"En todos los casos se trata de relaciones de trabajo subordinado, pero que tienen diferencias sustanciales de regulación y de juzgamiento, en el interior de nuestro ordenamiento jurídico, pues, por ejemplo, en lo que tiene que ver con la jurisdicción ordinaria laboral, solo le es posible conocer de los conflictos derivados de un contrato de trabajo, es decir, de las relaciones propias de los trabajadores particulares y de los trabajadores oficiales, mientras que a la jurisdicción de lo contencioso administrativo le es atribuido el conocimiento de los conflictos correspondientes a los empleados públicos".*

No obstante, cabe memorar que acorde con lo señalado en el artículo 167 del C.G.P, las partes tienen unas cargas mínimas probatorias a efectos de obtener las consecuencias jurídicas que pretenden. Ello, respaldado por la reiterada jurisprudencia del órgano de cierre de esta especialidad, que ha indicado sobre el particular, entre otras, en sentencia de 20 de junio de 2018, SL2480-2018 con Radicado No. 65768, que el actor además de demostrar la prestación personal del servicio, debe entre otros aspectos, acreditar ciertos supuestos transcendentales dentro de esta clase de reclamación de derechos, como por

ejemplo los extremos temporales de la relación, el monto del salario, su jornada laboral y el tiempo suplementario si lo alega, junto con los demás hechos que sustenten sus pretensiones, aspectos en el que ha insistido esa misma Corporación en sentencia SL676-2021, con Radicación No. 57957 de 10 de febrero de 2021.

Lo anterior, no implica *per se* que, si no se conocen con exactitud los extremos temporales de la relación laboral, el operador judicial no pueda con las pruebas recaudadas en el juicio, establecer un término razonable durante el cual el trabajador haya prestado sus servicios, postura que ha sido acogida por el órgano de cierre de esta especialidad en repetidas ocasiones, entre otras, en sentencia SL1181-2018, con Radicación No. 54832 de 18 de abril de 2018, en la cual al traer a colación lo dicho por esa misma corporación en sentencia SL-905-2013, precisó:

> *"En tales condiciones, si se trata de la fecha de ingreso, teniendo únicamente como información el año, se podría dar por probado como data de iniciación de laborales el último día del último mes del año, pues se tendría la convicción que por lo menos ese día lo trabajó. Empero frente al extremo final, siguiendo las mismas directrices, sería el primer día del primer mes, pues por lo menos un día de esa anualidad pudo haberlo laborado."*

Misma hermenéutica que debe ser aplicada en casos en los cuales no se conocen con exactitud los extremos de la relación laboral, pero se conoce el mes o el año, para lo cual se tendrá en cuenta para el extremo inicial el último día del respectivo mes o año, en tanto, para el extremo final lo será el primer día, tal como se indicó en sentencia SL2696-2015.

Acorde con lo expuesto, y al descender al *sub-examine* esta Colegiatura procederá a verificar si la falladora de instancia erró al determinar que no se acreditó el extremo inicial de relación contractual que deprecó el demandante JULIO ALBERTO SUAREZ ROZO, absolviendo de las pretensiones que elevó, e igualmente se verificará si fue acertada la declaratoria de la relación laboral que efectuó entre el demandante EVARISTO AVENDAÑO NIÑO con el CONSORCIO LUZ conformado por las empresas CORTAZAR Y GUTIERREZ LTDA y ASFALTOS LA HERRERA S.A.S. EN LIQUIDACIÓN y no con la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL-UAERMV.

Al respecto, se advierte que si bien la Juez de instancia declaró el contrato laboral con el CONSORCIO *"SOL"* (sic), según adujo en la parte resolutiva de la sentencia de primer grado, lo cierto es, que en la parte motiva de esa providencia señaló al referirse sobre el mismo, se trataba del CONSORCIO LUZ del cual no existe controversia en cuanto a que está conformado por las sociedades CORTAZAR Y GUTIERREZ LTDA y ASFALTOS LA HERRERA S.A.S., y que suscribió con la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL – UMV, el contrato de obra civil No. 113 de 10 de marzo de 2011, cuyo objeto era la ejecución de actividades operativas y administrativas complementarios para el mantenimiento de la malla vial de la ciudad a cargo de la unidad y actividades requeridas en las sedes operativas de la Unidad, de acuerdo con la descripción, especificaciones y demás condiciones establecidas en el pliego de condiciones, los apéndices y la propuesta presentada; lo que se corrobora con las documentales que reposan en el plenario a folios 43 a 56 – carpeta 01 - archivo 01.

Ahora bien, a efecto de desatar el problema jurídico planteado, se allegó:

i.- Certificación expedida el 5 de septiembre de 2012 por el citado Consorcio (Fls. 24 – carpeta 01 - archivo 01), la cual está suscrita por la jefe de personal, LINA ANDREA GUZMÁN, en las que certifica que EVARISTO AVENDAÑO NIÑO laboró con el CONSORCIO LUZ, mediante contrato de trabajo por la duración de la obra o labor determinada con el contrato 113 de 2011 suscrito con la Unidad, desde el 3 de julio de 2012 hasta el 9 de agosto de 2012, desempeñando el cargo de Ayudante de Obra, devengando un salario de $566.700 más auxilio de transporte y horas extras.

ii.- Igualmente, reposa carta de terminación del contrato de trabajo adiada el 19 de septiembre de 2012, dirigida al demandante JULIO ALBERTO SUAREZ ROZO, por el representante del CONSORCIO LUZ en la que le informa el finiquito de la relación laboral el 21 de septiembre de 2012, a razón de la terminación del contrato suscrito entre el CONSORCIO y la Unidad.

De la misma forma, se recepcionó el interrogatorio de parte del señor JULIO ALBERTO SUAREZ ROZO, quien expuso que no celebró contrato con alguna de las empresas que conformaron el CONSORCIO LUZ, que lo llamó para laborar

un ingeniero de apellido Pinzón quien pertenecía al CONSORCIO LUZ; que su cargo era de hidro compactador y quien le pagaba era el CONSORCIO LUZ, acotando inicialmente que se trató del contrato del 22 de agosto al 21 de septiembre del 2012, sin embargo, posteriormente aduce que le quedaron adeudando lo devengado en ese mes.

Que no conoce por qué no les pagaron y que la Unidad tampoco efectuó ningún pago, además precisó que usaban uniforme anaranjado, siendo distintos a los uniformes de la Unidad. Que los permisos los solicitaban al jefe inmediato del CONSORCIO, de nombre CARLOS MONTENEGRO, quien también les indicaba las funciones a desarrollar y vigilaba el cumplimiento del horario. De otra parte, señaló que la carta de terminación del contrato se la entregó un ingeniero, sin que recuerde el nombre, siendo el CONSORCIO quien la remitió.

A su turno, el demandante EVARISTO AVENDAÑO NIÑO, aseveró que suscribió un contrato de trabajo con el CONSORCIO LUZ, para desempeñarse como Ayudante de Obra; que devengó el salario mínimo de año 2012, y en el último contrato de julio a agosto, no le pagaron el tiempo laborado. Expuso que trabajó con el CONSORCIO LUZ por espacio de dos (2) años por medio de diferentes contratos, reiterando que en el último contrato no le pagaron la liquidación y que le enviaron una carta sin especificar por qué se terminaba la obra.

Que la Unidad tampoco le solucionó lo adeudado. Que el uniforme que usaba era color naranja, siendo distinto al que usaba el personal de la Unidad.

Seguidamente, se recibió el testimonio del señor MILTON PÉREZ MORALES, quien manifestó que sostuvo una relación contractual con el CONSORCIO LUZ, la sociedad ASFALTO LA HERRERA y la UAERMV; que laboró para el CONSORCIO LUZ desde febrero de 2012 hasta noviembre 2012, y que actualmente presta servicios para la Unidad del Mantenimiento Vial, a través de un tercero. Igualmente, señaló que observó al señor JULIO ALBERTO SUAREZ ROZO prestando sus servicios como operario de vibro compactador en la troncal de la Caracas, pero al ser indagado por el demandante EVARISTO AVENDAÑO NIÑO indicó no recordarlo. De otro lado, sostuvo que las órdenes al señor JULIO ALBERTO se las impartía el señor NÉSTOR VÁSQUEZ de la

Unidad de Mantenimiento Vial, y que el oficial de obra de ese proyecto era otro empleado directo de la Unidad.

También expuso que el ingeniero CARLOS MONTENEGRO era el subdirector de obra, pero no le consta que le impartiera órdenes a dicho demandante; además señaló que los horarios los establecía la Unidad, pues el CONSORCIO LUZ lo que hacía era poner el recurso humano para desempeñar la labor de la Unidad.

Del examen de los referidos medios de convicción, se advierte de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.T. y de la S.S., que el demandante JULIO ALBERTO SUAREZ ROZO, en el libelo genitor manifiesta que prestó sus servicios a favor de las demandadas del 22 de agosto de 2012 al 21 de septiembre de 2012.

Al respecto, se encuentra como viene de verse la citada carta de terminación de contrato de trabajo con membrete de del CONSORCIO LUZ, que le fuera dirigida al mencionado gestor el 19 de septiembre de 2012, por parte del señor CAMILO GUTIÉRREZ PRIETO, quien la suscribe en calidad de Representante Legal del CONSORCIO LUZ, en la que le informa que el contrato finaliza el día 21 de ese mismo mes y año, como consecuencia de la terminación del contrato suscrito entre el CONSORCIO LUZ y la UNIDAD, Consorcio que valga la pena memorar se encuentra conformado por las sociedades CORTAZAR Y GUTIERREZ LTDA y ASFALTOS LA HERRERA S.A.S.

De otra parte, al contrastar las declaraciones recaudadas en el trámite procesal, en especial la del demandante JULIO ALBERTO SUAREZ ROZO y la del testigo MILTÓN PEREZ MORALES, se puede colegir que en efecto dicho accionante prestó sus servicios al citado CONSORCIO, además el testigo dijo que lo observó en la Troncal de la Caracas, sin embargo, no precisó cuándo sucedió esa situación. Aunado a lo anterior, no puede soslayarse el hecho que mediante sentencia emitida el 3 de diciembre de 2018 por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso ordinario No. 30-2014-00457, se declaró la existencia de un contrato de trabajo entre el citado actor y el CONSORCIO LUZ DEL 22 de marzo de 2011 al 21 de agosto de 2012, decisión que fue confirmada por esta Corporación en sentencia emanada el 29

de mayo de 2019. (Carpeta 26-Archivo 03, Carpeta 25). A su vez, se observa que la UAERMV realizó un desembolso al mencionado demandante el 13 de marzo de 2014 por suma de $1.753.078, sin especificar el periodo al que corresponde tal pago (Fl. 559 a 560 - carpeta 01 – archivo 01).

Dicho esto, si bien se puede concluir que el demandante JULIO ALBERTO SUAREZ ROZO prestó servicios al CONSORCIO convocado a juicio, lo cierto es, que no se puede colegir con total certeza el extremo inicial de la relación laboral que aquí reclama; y es que pese a que el Juez Laboral puede desentrañar la duración de la relación contractual tal como lo ha señalado la jurisprudencia, no puede obviarse que ello debe ser con sustento en los diferentes medios de pruebas allegados al trámite procesal, aspecto que en el *sub-examine* no es posible corroborar con las probanzas obrantes en el plenario, pues si bien el testigo MILTÓN PEREZ MORALES indicó que vio al aludido demandante en la Troncal de la Caracas prestando sus servicios, no precisó cuándo ocurrió esa situación, más si se tiene en cuenta que ya en otro proceso judicial se había establecido que había prestado sus servicios anteriormente.

Y es que contrario a lo aducido por la activa en su alzada, de modo alguno puede tomarse en cuenta lo dicho sobre el particular por el mencionado accionante en el interrogatorio de parte que rindió, pues se recuerda que dicho medio de prueba lo que busca es la confesión de la parte, al respecto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL2284-2022, Radicación No. 77104 de 5 de julio de 2022, señaló:

> *"Por contera, el impugnante trae a colación su propio interrogatorio, que es solo un medio para obtener la prueba de la confesión. En cuanto a este punto, el actor no puede obtener un beneficio de su propia declaración, pues «bien es sabido que, en términos de lógica y de derecho, ninguna de las partes puede elaborar su propia prueba, salvo las precisas y taxativas excepciones previstas por el legislador» (CSJ SL51949-2017), por ello, es intrascendente realizar un análisis de lo expresado por él."*

Adicionalmente, tampoco puede pretenderse como lo aduce la parte actora en su apelación, que a la falta de contestación de la demanda por parte de las sociedades que conforman el CONSORCIO LUZ, o en su defecto ante la inasistencia del Gerente Liquidador de ASFALTOS LA HERRERA S.A.S. al interrogatorio de parte, que se le pueda imprimir la consecuencia que deviene

de la confesión ficta, pues ante esta último escenario, en audiencia se dijo que tal actuar se tendría como un indicio grave, dado que ninguno de los hechos de la demanda eran susceptibles de confesión, situación ante la cual no se efectuó manifestación alguna por las partes; sobre el tema la Alta Corporación en sentencia SL2807-2020, Radicación No. 72372 de 15 de julio de 2020, indicó:

> *"Esta Sala de la Corte ha explicado al respecto que, para que se tenga por configurada en forma eficiente la prueba de confesión ficta, el juez de primera instancia así debe determinarlo en la respectiva audiencia, con la indicación expresa de los hechos de la demanda sobre los cuales recae la decisión, para garantizar los derechos de contradicción y defensa de la parte sobre la cual pesa esa medida (Ver CSJ SL996-2014, CSJ SL14850-2014, CSJ SL14927-2014, CSJ SL15412-2017 y CSJ SL468-2019, entre otras)*
>
> *"Además de lo anterior, esta Sala de la Corte también ha negado que:*
> *[…] al haberse dado por no contestada la demanda por parte de los accionados, debían tomarse por ciertos la totalidad de los hechos planteados en ésta, en especial, los extremos de la relación laboral y la no cancelación de las acreencias laborales, por cuanto la ley procesal del trabajo y de la seguridad social no contempla dichos efectos ante esta omisión de la parte, sino la de constituir un indicio grave en contra del demandado, según el parágrafo segundo del artículo 31 del C.P.T. y de la S.S., por lo que, en esa medida, la declaratoria de tener por no contestada la demanda no conduce a fijar como ciertos los presupuestos fácticos alegados por la parte actora, dado que la ley no le asigna efectos de confesión ficta, como quiere hacerlo ver la recurrente. (CSJ SL6843-2016, reiterada en CSJ SL468-2019).*
>
> *"Finalmente, esta corporación ha enseñado que el indicio grave en contra de la demandada, por no haber dado contestación a la demanda, no representa una prueba hábil y suficiente para fundar un error de hecho en la casación del trabajo (CSJ SL2374-2018)."*

Deviene de lo expuesto, imperiosa la absolución de las pretensiones elevadas por el demandante JULIO ALBERTO SUAREZ ROZO, en tanto, no obra algún elemento de convicción del que se pueda derivar el extremo inicial de la relación laboral que depreca en esta oportunidad, lo que de contera impide analizar las demás pretensiones que reseña en el *petitum,* tal como lo dedujo la juez de instancia.

Ahora, en lo atinente al demandante EVARISTO SUAREZ NIÑO, se recuerda que pretende la declaratoria de un contrato de trabajo del 3 de julio de 2012 al 9 de agosto de 2012, encontrándose que en efecto para dicho lapso de tiempo se vinculó con el CONSORCIO LUZ mediante contrato de trabajo por duración de

la obra o labor determinada, del contrato 113 de 2011 suscrito entre el mencionado Consorcio y la UNIDAD ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL, tal como se colige de la certificación anteriormente mencionada.

Igualmente, de la referida certificación se advierte que el citado gestor laboró como Ayudante de Obra, devengando un salario de $566.700; aspectos que por demás fueron aceptados por el demandante EVARISTO SUAREZ NIÑO en la declaración que rindió ante la juez de primer grado.

En punto de lo anterior, cabe mencionar que en el Juzgado Veintinueve laboral del Circuito de esta ciudad, tramitó proceso ordinario laboral radicado bajo el número 29-2014-00189, en el que según se indica en el sentencia emitida en segunda instancia el 30 de julio de 2021, la cual confirmó la de primera instancia emitida el 12 de agosto de 2020, en la que se declaró la existencia de un contrato de trabajo entre el actor y el CONSORCIO y las sociedades que lo conforman del 2 de septiembre de 2011 al 21 de abril de 2012, en esa oportunidad se condenó al pago de $356.399 por concepto de prestaciones sociales y salarios (Carpeta 11 – Archivo 03).

En esa medida, y de acuerdo a las probanzas anteriormente referidas, luce palmaria la existencia de la relación laboral entre el demandante EVARISTO SUAREZ NIÑO y el CONSORCIO LUZ integrado por CORTÁZAR GUTIÉRREZ LTDA. Y ASFALTOS HERRERA S.A.S. EN LIQUIDACIÓN, entre el 3 de julio de 2012 al 9 de agosto de 2012, y no con la UAERMV, tal como lo concluyó la juez *a-quo.*

Y es que si bien, se dijo en la certificación laboral antes mencionada que el accionante se vinculó a razón del contrato No. 113 de 2011 suscrito entre la UAERMV, cuyo objeto era la ejecución de actividades operativas y administrativas complementarios para el mantenimiento de la malla vial de la ciudad a cargo de la unidad y actividades requeridas en las sedes operativas de la Unidad, de acuerdo con la descripción, especificaciones y demás condiciones establecidas en el pliego de condiciones, los apéndices y la propuesta presentada; según se indica a folios 43 a 56 de la carpeta 01del archivo 01.

Lo cierto es, que en el proceso no se acreditó que el demandante EVARISTO AVENDAÑO NIÑO haya prestado sus servicios directamente a la UNIDAD ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL del 3 de julio de 2012 al 9 de agosto de 2012 y menos aún que haya recibían instrucciones de parte de funcionarios de esa entidad, pues recuérdese que el testigo MILTON PEREZ MORALES dijo no recordar a dicho demandante, y tampoco obra prueba que dé cuenta de esa situación en ese interregno.

Dicho de otra forma, no se acreditó que el CONSORCIO LUZ fungiera como un simple intermediario y la UNIDAD ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL como el verdadero empleador del mencionado demandante, de ahí, que tampoco sea posible endilgar la solidaridad en el pago de las acreencias adeudadas al referido actor, a las sociedades que conforman el CONSORCIO LUZ, como se pretende de manera principal por parte del extremo activo, lo que compele la confirmación de la decisión de la juez de primer grado frente a la absolución de las pretensiones principales de la reforma a la demanda. En este punto, considera la Sala pertinente mencionar que se torna innecesario ahondar en más argumentos respecto de la solidaridad que se depreca de manera subsidiaria frente a la UAERMV, pues se reitera, no se acreditó la prestación de servicios a favor de esa encartada del 3 de julio de 2012 al 9 de agosto de 2012.

Acorde con lo anterior, y de conformidad con las razones antes referidas, es posible concluir como lo determinó la *a-quo,* de que el verdadero empleador del demandante EVARISTO AVENDAÑO NIÑO fue el CONSORCIO LUZ el cual está conformado por las sociedades CORTAZAR Y GUTIERREZ LTDA y ASFALTOS LA HERRERA S.A.S. EN LIQUIDACIÓN, como se declaró en primera instancia y que esas sociedades son responsables solidarias de las obligaciones laborales contraídas con dicho demandante. Sin embargo, como se explicó en inicio, habrá de modificarse la sentencia de primer grado en el sentido se precisar que el nombre del consorcio que integran las aludidas sociedades corresponde al CONSORCIO LUZ y no CONSORCIO SOL como se dijo en la parte resolutiva de la sentencia confutada.

Ahora, huelga recordar que la Juez de primer grado determinó que el CONSORCIO LUZ adeudaba al citado accionante salarios, prestaciones sociales y vacaciones en los montos referidos en la sentencia de instancia, los cuales fueron calculados sobre el salario mínimo mensual legal vigente para el año 2012, obteniendo $170.000 por salarios, $56.670 por prima, $56.670 por cesantías, vacaciones $28.335, intereses $680, lo que arrojó un total de $312.365, montos sobre los cuales la activa no advierte reparo en su disenso.

Sin embargo, la Juez de primer grado señaló que de acuerdo al Contrato de Cesión Derechos Económicos derivado de la liquidación del Contrato de Obra No. 113 de marzo 10 del 2011, la Unidad realizó un pago por $610.149, mediante transferencia bancaria al demandante (Fls. 559 a 562 - Carpeta 1 - Archivo 1 y los folios 1 a 9 - Carpeta 2 - Archivo 2); pago que se tuvo en cuenta en el proceso No. 029–2014-189 de cara a las obligaciones laborales que se declararon en favor del citado demandante por el contrato vigente del 2 de septiembre del 2011 al 21 de abril del 2012; no obstante, pese a ello destacó que en dicho proceso se fulminó condena a favor del actor por salarios únicamente por $356.399, por tanto, el valor restante del pago de $610,149, dejó un saldo de $253.750 el cual imputó al presente proceso, dejando únicamente pendiente por pago la suma de $58.615 por las acreencias que se adeudan en el presente proceso.

Señalando al respecto la parte actora en su apelación, que los pagos que adujo la UAERMV, no pueden ser tenidos en la cuenta como quiera que se trata de un mismo pago en dos procesos diferentes, ya que son procesos que corresponden a extremos laborales distintos. De lo anterior, no se advierte yerro en la conclusión a la que arribó la juez de primer grado, como quiera que se observa que en efecto la Unidad consignó a favor del gestor el 9 de enero de 2014 la suma de $610.149 (Fl. 3 Carpeta 01 – Carpeta 02), de modo que, al haberse emitido condena en el anterior proceso por $356.399, existía un sobrante de $253.750, el cual era posible imputar a la condena que se impuso en este proceso, pues no se trata de un mismo pago en dos procesos distintos como lo señala la activa, sino de un saldo como consecuencia de la diferencia a la que se mencionó anteriormente, lo que en últimas después de imputado, generó un saldo a favor del actor de $58.615 como lo expuso la *a-quo*.

d. De la indemnización moratoria:

Manifiesta la parte actora en su impugnación que la parte demandada actuó de mala fe, lo que conlleva al pago de la indemnización moratoria, pues a la finalización del vínculo laboral quedó adeudando salarios, prestaciones sociales y vacaciones sin justificación alguna, indemnización que debe correr hasta la fecha en que se muestre el pago.

Entre tanto, la juzgadora de primer grado, absolvió del pago de dicho emolumento indicando que, si bien no se justificó el impago de las acreencias adeudadas por parte del empleador, lo cierto era que en el proceso No. 29 2014-189 se ordenó el pago de la sanción moratoria con ocasión al contrato de trabajo que existió del 2 de septiembre del 2011 al 21 abril del 2012, la cual se estableció hasta la fecha del pago de los $610.149, es decir, hasta el 9 de enero del 2014, acotando que al existir dos contratos de trabajo con la misma empleadora, no era posible acumular la indemnización moratoria, de ahí, que no era dable imponer una nueva condena por el mismo concepto, además porque la condena impartida en ese proceso se limitó hasta la fecha en que se realizó el citado pago por parte de la Unidad cuyo saldo quedó imputado, encontrando así acreditada la buena fe.

En punto de lo anterior, huelga memorar que la finalidad este tipo de indemnizaciones es proteger los derechos de los trabajadores que se han visto afectados por el incumplimiento de las obligaciones legales a cargo de su empleador, de modo que la ley laboral ha previsto algunas consecuencias económicas tendientes a resarcir el menoscabo que estas conductas pudiesen causar al trabajador, incluyendo dentro de ellas, la indemnización por el no pago oportuno de las prestaciones causadas a la finalización del contrato consagrada en el artículo 65 C.S.T.

No obstante, debe precisar la Sala que la citada indemnización no opera de manera automática, ya que a su imposición debe preceder el análisis de los elementos subjetivos que guiaron la conducta omisiva del empleador, que, a pesar de que no sean correctos jurídicamente, puedan considerarse razonables, tal y como lo ha dicho nuestro máximo órgano de cierre, entre otras en sentencias, SL2958-2015, Radicación No. 4552 del 25 de febrero de

2015, SL8216-2016, Radicación No. 47048 del 18 de mayo de 2016, y más recientemente en la sentencia SL1682-2019, Radicación No. 40221 del 8 de mayo de 2019, SL4897-2021, Radicación No. 84958 del 26 de octubre de 2021, entre otras.

En lo atinente al análisis del principio de la buena fe como determinante para que opere la imposición de la indemnización moratoria, debe memorarse lo sostenido por la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral en sentencia SL2833-2017 Radicación No. 53793 del 1° de marzo de 2017, en la que señaló:

> *"Debe recordarse, que la buena fe equivale a obrar con lealtad, con rectitud y de manera honesta, es decir, se traduce en la conciencia sincera, con sentimiento suficiente de lealtad y honradez del empleador frente a su trabajador, que en ningún momento ha querido atropellar sus derechos; lo cual está en contraposición con el obrar de mala fe, de quien pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de probidad o pulcritud.*
>
> *"Del mismo modo, cabe destacar, que, en lo referente a la sanción (…) del artículo 65 del CST, por tener su origen en el incumplimiento del empleador de ciertas obligaciones, gozan de una naturaleza eminentemente sancionatoria y como tal su imposición está condicionada al examen, análisis o apreciación de los elementos subjetivos relativos a la buena o mala fe que guiaron la conducta del empleador".*

Frente al pago, de la indemnización moratoria ante la existencia de varios contratos independientes y sucesivos, la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral en sentencia SL5351-2021, Radicación No. 50790 de 17 de noviembre de 2021, dijo al respecto:

> *"Ahora, con relación a la sanción por no pago, prevista en el artículo 65 del CST, esta Corporación en providencia CSJ SL4866-2020 reiteró lo expresado en la sentencia CSJ SL, 28 oct. 2008, rad. 33656, en los siguientes términos:*
>
> *"«No obstante, para la Sala, tratándose de varios contratos independientes y sucesivos con el mismo empleador, la indemnización moratoria por el no pago de la liquidación final de salarios y prestaciones, no es acumulable. Así lo tiene enseñado, verbigracia en la sentencia, a saber:*
>
> *"La indemnización moratoria, se pretende a partir de la terminación de cada una de las relaciones laborales que existieron entre las partes. Sin embargo, conforme lo ha determinado la jurisprudencia, frente a casos similares, la correcta interpretación del artículo 65 del Estatuto*

Sustantivo del Trabajo, es la de que la sanción no es acumulativa, y por ello debe aplicarse evitando la duplicidad.

"En ese orden, como el primer vínculo culminó el 30 de diciembre de 2001 y el segundo finalizó el 30 de junio 2002, la moratoria del primer contrato iría desde el 31 de diciembre de 2001 hasta el 30 de junio de 2002; y la del segundo, desde el 1º de julio de 2002 hasta el 10 de enero de 2003, cuando culminó la segunda relación. En este orden, la condena por tal concepto resulta inferior a la impuesta por el fallador de alzada.»"

Bajo esa óptica, y dado que en efecto como viene de verse se realizó un pago al demandante EVARISTO AVENDAÑO NIÑO el 9 de enero de 2014 por $610.149 por parte de la UAERMV, como consecuencia de la Cesión de Derechos Económicos derivados de la liquidación del Contrato de Obra No. 113 de 10 de marzo de 2011 y el Otrosí No. 01 al Acta de No. 39 de Liquidación del Contrato de Obra No. 113 de 2011 (Fls. 532 a 562 Carpeta 01 – Archivo 01 y Fls. 1 a 28 Carpeta 01 – Archivo 02).

Además, en la sentencia emitida en el proceso 29 – 2014 - 189 se dispuso a favor del demandante EVARISTO AVENDAÑO NIÑO, el pago de la sanción moratoria como consecuencia de la declaratoria del contrato de trabajo del 2 de septiembre del 2011 al 21 abril del 2012, la cual se estableció hasta del citado del pago, es decir, hasta el 9 de enero del 2014, lo que obligaría a que en caso de emitirse condena en tal sentido en el caso de marras, la misma sería impuesta en un periodo concomitante al que se dispuso en dicho proceso, lo cual no sería procedente; además el actuar del extremo pasivo no se advierte desprovisto de buena fe, pues el cedente pagó lo que se creyó adeudar al trabajador, máxime si se tiene en cuenta que el valor determinado como condena en el *sub-examine n*o conlleva vulneración de derechos mínimos al trabajador, como lo concluyó la juez de primer grado, lo que conlleva a la confirmación de la sentencia de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA 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: MODIFICAR PARCIALMENTE los numerales primero, segundo y cuarto de la sentencia proferida el 8 de junio de 2022, en el sentido precisar que el nombre del consorcio que integran las sociedades CORTÁZAR Y GUTIÉRREZ LTDA, y ASFALTOS LA HERRERA S.A.S. se trata del CONSORCIO LUZ y no el CONSORCIO "*SOL"* (sic) como se dijo en la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia, de acuerdo con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia apelada en todo lo demás.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN **CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR**
Magistrado **Magistrado**

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

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

|REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **36 2020 00298 01**
Demandante:	LIGIA CRUZ FONSECA
Demandado:	COLPENSIONES
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada COLPENSIONES en contra de la sentencia proferida el 27 de mayo de 2022 por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., el proceso se estudiará en el grado jurisdicción de consulta a favor de COLPENSIONES en cuanto la decisión de primer grado fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora LIGIA CRUZ FONSECA promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, con la finalidad que se condene a la encartada a reconocer y pagar la sustitución pensional a que tiene derecho con ocasión del fallecimiento del señor CARLOS ALBERTO QUISADO LUGO, en su condición de compañera permanente, a partir del día 19 de diciembre de 2019, junto con los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, las costas y agencias en derecho, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra* y *extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como sustento de sus pretensiones, la actora adujo que convivió con el señor CARLOS ALBERTO QUISADO LUGO (q.e.p.d.), de manera permanente e ininterrumpida compartiendo techo, lecho y mesa por más 13 años, desde el 3 de diciembre de 2000 hasta del día del deceso del causante, y que tal convivencia se desarrolló de manera permanente e ininterrumpida, con el ánimo conformar una comunidad de vida, provista de socorro y apoyo mutuo.

Asimismo, expuso que el 31 de julio de 2004 contrajo matrimonio con el pensionado fallecido en el estado de Nueva Jersey en E.E.U.U., sin embargo, pese a que la pareja es de origen colombiano y tiene dicha nacionalidad, nunca registraron su unión ante las autoridades de este país. Seguidamente, relató que la accionada reconoció al causante CARLOS ALBERTO QUISADO LUGO, la pensión de vejez mediante Resolución GNR 107831 de 2013.

De otra parte, relató que el causante padecía de esclerosis lateral amiotrófica, enfermedad que no se encontraba cubierta por el seguro de salud con el que contaba, por ende, la pareja se vio en la obligación de cesar el vínculo matrimonial con el ánimo de modificar el estado civil del *de cujus*, a fin de ser amparado por el seguro de salud que tomó su hija y obtener el tratamiento médico para su patología.

Igualmente, sostuvo que pese a encontrarse disuelto el matrimonio, la pareja nunca cesó su convivencia la cual permaneció vigente hasta la muerte del señor QUISADO LUGO, sin que la providencia que puso fin al matrimonio surtiera el trámite de exequátur, para que cobrara fuerza vinculante o tuviese efectos en Colombia. También manifestó que el señor CARLOS ALBERTO QUISADO LUGO falleció el 19 de diciembre de 2019.

Por último, refirió que presentó reclamación administrativa ante COLPENSIONES, solicitando el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en calidad de compañera permanente del causante el 17 de septiembre de 2019, la cual fue denegada mediante Resolución SUB 306432

del 8 de noviembre de 2019, pese a que la unión marital de hecho que mantuvo con el causante fue de público conocimiento entre amigos y parientes.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contra, aduciendo que la actora no tiene derecho a la pensión de sobrevivientes, ya que el Registro Civil de Defunción del causante el cual fue traducido y apostillado, evidencia que el último estado civil es divorciado y además tal circunstancia fue ratificada por la accionante en el escrito de demanda, por ende, en virtud de decreto de la cesación de los efectos civiles del matrimonio y la disolución de la sociedad conyugal entre la demandante y el causante, quedó probado que la actora no es beneficiaria de la prestación deprecada, ni como cónyuge o compañera permanente, ya que al liquidarse la sociedad conyugal se interrumpieron los términos de convivencia y en consecuencia los efectos civiles y legales que hoy pretende reclamar ante COLPENSIONES.

Propuso como excepciones de mérito las de inexistencia del derecho y de la obligación a cargo de COLPENSIONES, falta de causa para pedir, inexistencia del reconocimiento y pago de los intereses moratorios e indexación, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, imposibilidad de condena por costas judiciales, prescripción y la innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 27 de mayo de 2022, condenó a COLPENSIONES a reconocer a la actora la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento del señor CARLOS ALBERTO QUISADO, en proporción del 100% de lo percibido por el causante desde el 20 de diciembre del 2014, y cancelar las mesadas pensionales causadas desde el 21 de agosto del 2017. Igualmente, condenó a la demandada a pagar los intereses moratorios causados desde el 21 de agosto del 2017 y hasta tanto se acredite el pago de las mesadas pensionales adeudadas a la gestora. Declaró probada parcialmente la excepción de prescripción, frente a

las mesadas e intereses causados antes del 21 de agosto del 2017 y condenó en costas a COLPENSIONES.

Para arribar a esa conclusión indicó que, no era objeto de discusión el estatus de pensionado del señor CARLOS ALBERTO QUISADO LUGO, lo cual se colige con la Resolución GNR 107831 del 22 de mayo de 2013 expedida por COLPENSIONES, mediante la cual le reconoció la pensión de vejez, a partir del 1º septiembre de 2011 en cuantía inicial de $2'050.479, bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, en aplicación del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993.

Ahora, frente a la pensión de sobrevivientes, sostuvo que la norma que rige es la vigente a la fecha de fallecimiento del afiliado o pensionado, por ende, al verificar el certificado de defunción del pensionado fallecido que fuera expedido por el Estado de California, Condado de San Diego de los Estados Unidos, el cual se encuentra traducido (Fl. 24 Carpeta 01 - Archivo 3), encontró que el deceso ocurrió el 19 de diciembre de 2014, luego, la norma a aplicar son los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, la cual modificó los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, los que regulan los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes y sus beneficiarios, haciendo énfasis en el literal a) de artículo 13 de la Ley 797 de 2003.

Acorde con lo anterior, al analizar los medios de prueba recaudados en el trámite procesal, expuso que obra certificado del matrimonio que contrajo la actora con el causante en el consulado de Mildred de E.E.U.U. (Fl. 30 - carpeta 001 - archivo 3), el cual fue precedido del divorcio de la pareja, según lo manifestó la demandante en el libelo demandatorio y la demandada en su oposición.

También se aportaron las declaraciones extra proceso que rindieron la hermana del pensionado y el cuñado, señores ROSALBA QUISADO DE RIVERA y EDUARDO PEDRAZA, quienes aseguraron que la actora y el causante convivieron, compartiendo techo, lecho y mesa de manera ininterrumpida desde el año 2000. Igualmente, señaló que la gestora en la declaración de parte

que rindió, sostuvo que convivió con el causante desde el 3 de diciembre del año 2000, que contrajeron nupcias el 31 de octubre del 2004, disolviendo la sociedad a efectos que el causante pudiera acceder a los servicios de salud de su hija.

Declaración que fue reiterada por los aludido testigos, advirtiéndose además que la testigo ROSALBA QUISADO DE RIVERA, señaló que la pareja se conoció en Estados Unidos y luego vivieron juntos y se casaron; además que el divorcio de la pareja se dio porque la hija del causante trabajaba en la Marina y quería registrarlo para que recibiera la atención médica que le proporcionaban, a razón de la enfermedad de ELA que padecía el pensionado; igualmente, refirió que el deceso ocurrió en el domicilio de su hija, en tanto había viajado a visitarla 4 días antes, pero que él siempre convivió con la demandante y fue la accionante quien lo cuidó en su enfermedad, lo que fue reiterado por el testigo EDUARDO PEDRAZA; convivencia de la cual dio cuenta también la testigo MARÍA DE LOS ÁNGELES MEDELLÍN.

De otro lado, la Juez de instancia precisó que si bien el matrimonio no fue registrado en Colombia, si es clara y contundente la convivencia que de la pareja desde el año 2000 y hasta el deceso, y el hecho que la pareja se divorciara no resulta un impedimento para el reconocimiento pensional, mucho menos cuando se logra constatar que tal situación se dio por temas de salud del causante, acotando que si bien ante la legislación Colombiana el matrimonio jamás fue registrado, por lo que no se podría tener ni siquiera en cuenta que estuvieron casados, lo cierto es que el artículo 46 de la Ley 100 del 1993 no solo protege al cónyuge, sino también a la compañera permanente, luego, al ser claro que entre ellos existió la calidad de compañeros permanentes desde el año 2000 y hasta la fecha del deceso del causante, encontrando así acreditado el requisito de los 5 años de convivencia exigidos por la norma que regula la pensión de sobrevivientes, por ende, la accionante es beneficiaria de dicha prestación de forma vitalicia en un 100% respecto de la mesada que disfrutaba el pensionado, a partir del 20 de diciembre de 2014, día siguiente al fallecimiento del causante en cuantía inicial equivalente para el año 2014 de $2’166.761, junto con las mesadas adicionales y los reajustes anuales correspondientes.

De la misma forma, impartió condena por lo intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, en tanto, en el caso bajo análisis no se dio una situación excepcional, y por ende no existía justificación legal para que la demandada se relevara del reconocimiento y pago de la pensión en la oportunidad legal correspondiente, pues no existe respaldo normativo para que se negará el derecho pensional, tampoco existió un cambio de postura jurisprudencial, pues el hecho de que el matrimonio no se hubiese registrado en Colombia, no era óbice para denegar la prestación, más si se tiene en cuenta que la convivencia de la pareja estaba acreditada y no se presentaron dos personas a solicitar el derecho pensional, los cuales expuso que procedían a partir 13 de julio de 2015, como quiera que la solicitud pensional se elevó el 12 de mayo de 2015.

De la misma forma, adujo que en el *sub lite* había operado de manera parcial el fenómeno prescriptivo, al tenor de lo dispuesto en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., ya que el causante falleció el 19 de diciembre de 2014 y la actora elevó la reclamación ante la encartada el 12 de mayo de 2015, la cual fue resuelta a través de la Resolución GNR 280558 del 14 de septiembre de 2015, en contra de la cual se interpuso recurso de reposición, el cual fue desatado en la Resolución 336956 del 28 de octubre de 2015, data a partir de la cual se reanudó el tiempo de prescripción, de modo, que al ser presentada la demanda el 21 de agosto de 2020, se encontraban prescritas todas las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 21 de agosto de 2017, así como los intereses moratorios generados con antelación a dicha fecha.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión COLPENSIONES la apeló, solicitando se revoque la sentencia de primer grado, toda vez que la demandante no tiene derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en calidad de compañera permanente del pensionado fallecido, señor CARLOS ALBERTO QUISADO, pues no acreditó los requisitos de convivencia que establece el artículo 47de la Ley 100 de 1993, dado que de las pruebas recaudadas no se pudo evidenciar que la demandante hizo comunidad de vida con el *de cujus* dentro de los 5 años anteriores al fallecimiento, como quiera que al momento del fallecimiento del

causante se encontraba en una ciudad distinta al lugar de arraigo de la demandante, que en este caso es la ciudad de Houston, Texas.

De otro lado, adujo que las declaraciones de los testigos no fueron creíbles, ya que no son testigos presenciales ni conducentes, tampoco fueron demostrativos, pues dos de ellos viven en Colombia y no en el lugar de residencia de la demandante, mismo lugar en donde supuestamente se desarrolló la comunidad de vida entre la pareja. Además, en la investigación que realizó la entidad no se aportó el número de teléfono y la ubicación de la hija del pensionado, pues solo se dijo que tenía un alto cargo con la Marina de los Estados Unidos, y que por esa razón tenía restricción en la comunicación; luego, de las entrevistas y el trabajo de campo no fue posible confirmar la convivencia entre el causante y la demandante en los últimos cinco (5) años anteriores al deceso del primero.

Además, la pareja no procreó hijos y fue la hija quien registró el deceso, no la demandante, de modo que al no probarse la comunidad de vida como compañeros con posterioridad a la disolución del vínculo matrimonial, lo que procede es la revocatoria de la sentencia, declarándose la excepción de inexistencia de la obligación por parte de la entidad y exonerando del pago de intereses moratorios y costas.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales en legal forma y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá auscultar si a la demandante le asiste el derecho a la pensión de sobrevivientes solicitada.

c. De la Calidad de Pensionado del Causante:

Sea lo primero indicar que no fue objeto de discusión, que al señor CARLOS ALBERTO QUISADO LUGO, la entidad demandada le concedió pensión de vejez de acuerdo con lo previsto en el Decreto 758 de 1990 por ser beneficiario del régimen de transición, mediante Resolución GNR 107831 de 24 de mayo de 2013, en cuantía inicial de $2.050.479 a partir del 1º de junio de 2013; decisión que fue modificada a través de la Resolución No. GNR 271422 del 30 de julio de 2014, en la que reconoció y reliquidó la prestación económica en cuantía inicial de $1.929.663 a partir del 1 de septiembre de 2011, ordenando el pago de un retroactivo de $40.883.217, decisión que fue confirmada mediante Resolución VPB37528 de 24 de abril de 2015. (Fls. 120 a 124 y 433 a 444-carpeta 13-archivo 02).

Tampoco se discute que el señor CARLOS ALBERTO QUISADO LUGO, falleció el 19 de diciembre de 2014, según se indica en el Certificado de Defunción (Fls. 24 a 26 – carpeta 01- archivo 003), y lo atinente a la solicitud que elevó la promotora de la litis ante la encartada, a efectos de reclamar la sustitución pensional en comento, la que fue negada a través de la Resolución GNR 280558 de 14 de septiembre de 2015, decisión que fue confirmada por medio de las Resoluciones GNR 336956 de 28 de octubre de 2015 y GNR 205273 de 13 de julio de 2016, mediante los cuales se desató recurso de reposición en contra del acto administrativo que negó la prestación de sobrevivientes y rechazó otro recurso de reposición en contra de la Resolución Resoluciones GNR 336956 de 2015, respectivamente. (Fls. 453 a 460, 473 a 477 y 483 a 489-carpeta 13-archivo 02).

d. De la Calidad de Cónyuge o Compañera Permanente de la Demandante:

Previo a avanzar con el análisis del caso, considera la Sala pertinente esclarecer la condición en la que se presenta la gestora de la litis a reclamar la pensión de sobrevivientes, en tanto, si bien la activa señala en el libelo genitor que contrajo matrimonio con el causante el 31 de julio de 2004 en los E.E.U.U., y que posteriormente el vínculo fue disuelto, situaciones que precisó no fueron

debidamente protocolizadas ante las autoridades Colombianas (Fls. 19 carpeta 01 – archivo 03).

Al respecto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia 25286-3184-001-2007-00152-01 del 29 de julio de 2011, señaló respecto a la celebración de matrimonios de colombianos en el extranjero *"el matrimonio celebrado en el extranjero puede modificar el estado civil de un colombiano, siempre que en su celebración se hayan atendido las normas patrias que regulan la materia."*

Por otra parte, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL2216-2020, Radicación No. 69466 de 8 de julio de 2020, expuso sobre la materia:

> *"Debe señalarse que sobre la naturaleza solemne de la prueba del estado civil de las personas, en sentencia CSJ SL11493-2014, esta Sala de la Corte recordó que la demostración de tal supuesto fáctico no es libre, sino que requiere de la aportación del correspondiente registro civil, en este orden no se equivocó el juzgador cuando echó de menos el cumplimiento de lo previsto ‹‹en los artículos 66 y siguientes del Decreto 1260 de 1970››.*
>
> *"Por lo dicho, al no haberse acreditado la validez del matrimonio celebrado en Venezuela, el análisis debe abordarse desde su condición de compañera permanente, razón por la cual es necesario estudiar la convivencia de la recurrente con el causante para acceder al derecho en los términos del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que de modo expreso exige:*
>
> *"En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte (…)".*

Así las cosas, palmario es que el matrimonio celebrado entre la actora y el señor CARLOS ALBERTO QUISADO LUGO en E.E.U.U., no puede entenderse como aquel contrato que haya producido efectos civiles en Colombia, como quiera que, para que proceda tal aspecto resulta imperiosamente necesario la protocolización ante la autoridad competente, de conformidad con lo establecido en el Decreto 1260 de 1970, pues precisamente ante dicha solemnidad es que las situaciones civiles de los Colombianos desarrolladas en el extranjero pueden entenderse válidas en la legislación patria, aspecto que

no se llevó a cabo dentro del presente asunto, por lo que de contera tampoco podía tener efectos el divorcio de la pareja.

Dicho esto, diáfano es que la condición de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes que reclama la promotora deberá abordarse desde la calidad de compañera permanente, como lo expuso la Juez de instancia, ello en consonancia con lo reseñado por la jurisprudencia del órgano de cierre de esta especialidad.

e. De la Pensión de Sobrevivientes:

Precisado lo anterior, y dado que el causante CARLOS ALBERTO QUISADO LUGO falleció el 19 de diciembre de 2014, se tiene que la normativa llamada a regir la presente controversia es la vigente al momento del deceso, según lo ha adoctrinado de manera reiterada la jurisprudencia del órgano de cierre de la especialidad laboral, entre otras, la sentencia SL2075-2021, Radicación No. 83457 del 19 de mayo de 2021.

Así las cosas, las normativas vigentes para la fecha del deceso se refieren a los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, los cuales modificaron los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993. Al respecto, imperioso resulta traer a colación lo dispuesto en el numeral 2º y el parágrafo 1º del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, el cual señala los requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes, así:

> ***"****Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:*
>
> *"1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca".*

A su turno, el literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, señala respecto de los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, lo siguiente:

> *"Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:*
>
> *"a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de*

que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;".

Dicha normativa regula que son beneficiarios de la pensión los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca, teniéndose entre estos, en forma vitalicia, a la cónyuge o compañera permanente, siempre y cuando se acredite que hizo vida marital con el causante y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1399-2018, Radicación No. 45779 del 25 de abril de 2018, señaló:

"Según la disposición reproducida la convivencia por un lapso no inferior a 5 años es transversal y condicionante del surgimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes, tanto en beneficio de los (las) compañeros (as) permanentes como de los cónyuges (SL4925-2015). Por convivencia ha entendido la Corte que es aquella «comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva-durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado» (CSJ SL, 2 mar. 1999, rad. 11245 y CSJ SL, 14 jun. 2011, rad. 31605).

"Así, la convivencia real y efectiva entraña una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, soporte en los pesos de la vida, apoyo espiritual y físico, y camino hacia un destino común. Lo anterior, excluye los encuentros pasajeros, casuales o esporádicos, e incluso las relaciones que, a pesar de ser prolongadas, no engendren las condiciones necesarias de una comunidad de vida".

En igual sentido, se tiene que en pronunciamiento efectuado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL-1730-2020, Radicación 77327 del 3 de junio de 2020, reiteró que el requisito de convivencia por espacio de cinco (5) años resulta exigible en tratándose de pensionados, así: *"Con lo anterior, la Sala fija el verdadero alcance de la disposición acusada, a la luz del precepto constitucional de favorabilidad, in dubio pro operario, esto es, que la convivencia mínima de cinco (5) años, en el*

supuesto previsto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, solo es exigible en caso de muerte del pensionado".

Cabe memorar que, el órgano de cierre de esta jurisdicción, en reiteradas oportunidades, entre otras, en sentencia SL-362 del 2021, Radicación No. 86239 de 10 de febrero de 2021, ha expuesto que en el caso de la compañera permanente del pensionado fallecido, debe avalar cinco (5) años de convivencia antes de la fecha del deceso del pensionado, al respecto indicó:

> *"De acuerdo con lo anterior, la convivencia de los compañeros permanentes debe constatarse en los 5 años previos al fallecimiento del pensionado (…), puesto que, a diferencia del vínculo matrimonial, cuyas obligaciones personales no se agotan por la separación de facto, en tratándose de las uniones maritales de hecho, la cesación de la comunidad de vida tiene un efecto conclusivo de la unión y de sus obligaciones y deberes personales, y por ende el compañero deja de pertenecer al grupo familiar.*
>
> *"Vale aclarar que esta distinción, aunque podría parecer artificiosa y contraria al principio de no discriminación, en realidad no lo es, ya que se funda en las especificidades propias del matrimonio y de la unión marital de hecho, único criterio que ha sido aceptado por la jurisprudencia constitucional como legítimo para establecer diferencias entre cada uno de estos vínculos familiares (C-1035-2008)."*

f. Del caso en concreto:

Decantadas las normas y el precedente judicial que regula el asunto, al descender al *sub-examine*, se observa que la compañera permanente LIGIA CRUZ FONSECA nació el 18 de febrero de 1966 (Fl. 368 Carpeta 13- Archivo 02), luego, a la fecha del deceso del pensionado era mayor de 30 años, lo que la ubica en la primera de las hipótesis que regula el literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003.

Ahora bien, a efectos de establecer la convivencia entre la demandante y el causante, se allegó declaración extrajuicio rendida por el señor RIVERA PEDRAZA EDUARDO el 1º de abril de 2019, el cual expuso que su hermano CARLOS ALBERTO QUISADO LUGO, falleció el 19 de diciembre de 2014 en Estados Unidos, y que convivió con la actora compartiendo techo, lecho y mesa de manera ininterrumpida desde el año 2000; de igual manera, que

contrajeron nupcias el 31 de julio de 2004 en Estados Unidos. Igualmente, se aportó declaración extrajuicio rendida por la señora ROSALBA QUISADO DE RIVERA el 1º de abril de 2019, quien manifestó que su cuñado CARLOS ALBERTO QUISADO LUGO, falleció el 19 de diciembre de 2014 en Estados Unidos, que convivió con la accionante compartiendo techo, lecho y mesa ininterrumpidamente desde el año 2000, y que además la pareja se casó el 31 de julio de 2004 en Estados Unidos. (Fls. 31 a 34 Carpeta 01- Archivo 03).

En el mismo sentido, la actora rindió declaración con fines extraprocesales el 1º de abril de 2019, en la que manifestó que convivió en unión libre desde el 3 de diciembre de 2000 con el pensionado fallecido, y que posteriormente contrajeron matrimonio el 31 de julio de 2004, el cual se mantuvo hasta el 19 de diciembre de 2014 fecha del deceso del causante, es decir, que la convivencia se mantuvo por 10 años, 4 mes y 19 días, lapso en el cual compartieron techo, lecho y mesa ininterrumpidamente, y que además dependía económicamente, ya que era el causante quien solventaba todos los gastos del hogar.

Igualmente, informó que el pensionado tenía una hija de nombre KARINA ANDREA QUISADO la cual el día que empezaron la convivencia era mayor de edad. (Fls. 31 a 34 Carpeta 01- Archivo 03).

De la misma forma, se recibió el testimonio de la señora MARIA DE LOS ANGELES MEDELLÍN, quien dijo que conoció a la actora y al señor CARLOS ALBERTO QUISADO LUGO en 2006 por una amistad en común en una reunión, y que para esa época iba con su esposo de vez en cuando a New Jersey a visitar a una amiga que tenían en común, en donde los avizoró como pareja; precisó que posteriormente coincidieron en la ciudad de Houston, al trabajar con la demandante, fecha en la cual le consta que eran cónyuges.

Mencionó que laboró con la accionante desde octubre de 2012 y desde ahí empezaron a trabajar en el mismo departamento en Bureau Veritas, de modo que, desde ese momento empezaron a ser amigas y que en ese lugar trabajaron hasta agosto de 2019.

Que supo que el causante falleció por una enfermedad degenerativa y que convivieron juntos hasta la fecha del deceso. Igualmente, señaló que no conoció a la hija del causante y que trabajaba con el Gobierno; además que no le consta que se hayan separado y que no estuvo en el sepelio por la distancia.

Entre tanto, la testigo ROSALBA QUISADO DE RIVERA expuso que era la cuñada de la demandante, en tanto era hermana del causante; que le consta que la actora y su hermano se conocieron en Estados Unidos y convivieron hasta la muerte del pensionado, que ella los visitaba cada año o cada dos años, porque tiene un hijo viviendo en Houston, entonces se veían en las reuniones. Preciso que la pareja vivió en New Jersey, luego vivieron en Los Ángeles y por último en Houston; que tenían una relación tranquila y nunca escuchó de problemas entre ellos, igualmente, señaló que no estuvo presente cuando se casaron en New Jersey.

Que el divorcio se dio por cuanto la hija del causante entró en la Marina, fecha para la cual fue diagnosticado con ELA, y a efectos de acceder al servicio de salud uno de los requisitos era que el causante no tenga ninguna relación marital; enfatizando que siguió conviviendo con la demandante después del divorcio y que ellos realmente nunca se separaron.

Que durante la enfermedad la actora fue quien lo atendió, empero, él viajo unos días antes de fallecer a Los Ángeles a visitar a la hija, por eso la promotora del litigio el día del deceso estaba en Houston.

Manifestó que la hija del causante se llama KARINA QUISADO MANTILLA y que entre el causante y la madre de ella no había ninguna relación, acotando que vivía en Colombia. Que la pareja se conoció en el año 2000 y convivieron hasta el deceso.

Por su parte, el señor EDUARDO RIVERA PEDRAZA en la declaración que rindió adujo que era cuñado del causante al ser cónyuge de quien fuera su hermana, señora ROSALBA QUISADO; que conoció de la relación de la actora hace unos 19 a 21 años y que conoció a la demandante en una ocasión que estuvo con su cónyuge visitando a sus hijos en New York, hacia el año 2000, y

en adelante visitaban a la pareja cuando iban a ver a su hijo que vive en Houston cada 2 o 3 años. Que mantenían comunicación constante con CARLOS ALBERTO.

Que cuando los visitaba evidenció la convivencia de pareja y que estuvieron juntos hasta el deceso del causante. Señaló que el pensionado llevó a su hija desde que estaba muy pequeña a Estados Unidos y que no tenía relación con la madre de ella, en tanto vivía en Colombia.

Que en los dos últimos años de vida el causante sufrió de ELA y quien se encargaba del cuidado del actor en la enfermedad era la actora. Finalmente, que el causante viajó unos días antes de morir porque quería estar con su hija.

Del examen de los referidos medios de convicción, se advierte de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.T. y de la S.S., que la demandante convivió con el causante por lo menos desde el año 2000, pues los testigos ROSALBA QUISADO DE RIVERA y EDUARDO RIVERA PEDRAZA, quienes son la hermana y el cuñado del *de cujus* fueron contestes en señalar que la pareja convivió desde esa anualidad hasta la fecha del deceso del pensionado, y que hacia el año 2004 se casaron, y que si bien se divorciaron, la pareja mantuvo la convivencia hasta la fecha del deceso.

Además, si bien expusieron que se reunían con la pareja cada dos o tres años cuando iban a visitar al hijo que tenían en los Estados Unidos, también lo es que el testigo EDUARDO RIVERA PEDRAZA refirió que mantenían contacto telefónico con su cuñado y aprovechaban para preguntar por la actora, la cual según les manifestó el causante también en la época de la enfermedad lo acompañó, de modo que si bien los testigos y la pareja no vivían en el mismo país, conocían de la convivencia de estos, a razón del dicho del mismo causante.

Versión que además se acompasa con lo expuesto por la testigo MARIA DE LOS ANGELES MEDELLÍN, quien dijo que conoció a la pareja hacia el año 2006 y que para 2012 ella laboraba con la actora en E.E.U.U., por lo que también le constaba lo atinente a la convivencia, además su versión sobre la enfermedad y el deceso del causante es coincidente con la de los testigos ROSALBA

QUISADO DE RIVERA y EDUARDO RIVERA PEDRAZA, los cuales al unísono adujeron que el *de cujus* había viajado para pasar la navidad con la hija, motivo por el cual había adelantado el viaje, siendo entendible el motivo por el cual la actora no estaba presente al momento del deceso de su compañero; además el hecho que la entidad no se haya podio contactar con la hija del pensionado, no le resta credibilidad a lo expuesto por los testigos, pues según se dijo por razones de trabajo no era posible la comunicación.

En cuanto al argumento de la entidad en su alzada de que la pareja no tuvo hijos, tal aseveración no desvanece el derecho pensional, pues las normas que regulan la pensión de sobrevivientes de modo alguno compele a los cónyuges o a los compañeros permanentes a procrear hijos como requisito para obtener dicha prestación pensional.

De lo expuesto, se puede inferir como lo dedujo la Juez de instancia, que efectivamente entre la pareja conformada por CARLOS ALBERTO QUISADO LUGO y la señora LIGIA CRUZ FONSECA existió una convivencia real y efectiva provista de apoyo entre los compañeros a efectos de establecer una vida en común, convivencia que se mantuvo por lo menos desde el año 2000 hasta el 19 de diciembre de 2014, fecha del óbito del pensionado; acreditando así más la gestora los cinco (5) años de convivencia con anterioridad al fallecimiento del causante como lo exigen las normas que regulan la pensión de sobrevivientes en el caso de la compañera permanente, lo que la hace acreedora al reconocimiento de la pensión deprecada a partir del día siguiente al fallecimiento del causante, es decir, a partir del 20 de diciembre de 2019.

e. Del pago de los intereses moratorios:

En tratándose de pago de intereses moratorios dispuestos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la Corte en sentencia SL3405-2021, Radicación No. 79723 del 27 de julio de 2021, fue específica sobre las situaciones de su aplicabilidad, al respecto señaló:

> *"Ahora, aun cuando la Sala entendiera que al confirmar la decisión de primer grado avaló la imposición de los mencionados réditos, lo cierto es que resultarían procedentes conforme a lo que se explica a continuación:*

"El artículo 141 de la Ley 100 de 1993 dispuso que:

"A partir del 1o. de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta Ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectué el pago.

"Tales réditos tienen una naturaleza resarcitoria y no propiamente sancionatoria, dado que buscan subsanar económicamente al acreedor por la mora del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones. Dicho, en otros términos, corresponden a una compensación encaminada a aminorar los efectos adversos que produce la mora del deudor en el cumplimiento de las obligaciones (CSJ SL13388-2014 y CSJ SL7893-2015).

"En tal dirección, se ha precisado que se deben imponer al margen de la buena o mala fe en que haya incurrido la administradora, siempre que se demuestre el retardo injustificado por parte del obligado.

"Además, la jurisprudencia ha establecido una serie de eventos en los que se exceptúa su pago. En efecto, la Sala ha puntualizado algunas circunstancias en las que se releva el pago de los intereses moratorios, entre estas, cuando se niega la pensión con apego minucioso a la ley vigente o cuando la prestación se otorga en virtud de un cambio jurisprudencial, dado que la entidad obligada no podía prever el nuevo entendimiento o interpretación dada a la norma que regula el derecho pensional (CSJ SL5079-2018, reiterada en CSJ SL4103-2019 y CSJ SL1346 de 2020)."

Ahora bien, del estudio del expediente se avizora que la accionante radicó una primera solicitud, la cual se resolvió negativamente aduciéndose por COLPENSIONES que *"revisado la totalidad del expediente administrativo y la solicitud de reconocimiento de la sustitución pensional, se evidencia que los siguientes documentos no se encuentran debidamente apostillados ni traducidos. REGISTRO DE DEFUNCION COUNTY OF SAN DIEGO CERTIFICADO DE MATRIMONIO";* de igual manera, se señaló que *"mediante Radicado No. 2015_5619771 de fecha 25 de Junio de 2015, se remitió comunicación de guía Nro. GN0367009700013, por la cual se evidencia que la comunicación enviada presenta estado "…LEGALIZADOENTREGADO-ENTREGA EFECTIVA…". Que por tal motivo se validó la información contenida en el expediente administrativo y los aplicativos con que dispone la entidad, sin evidencia alguna sobre información adicional de contacto del afiliado solicitado"*

De tal manera, que la primera petición se denegó mediante la Resolución No. GNR280558 del 14 de septiembre de 2015, en acatamiento al ordenamiento jurídico, en tanto los documentos no fueron aportados traducidos ni apostillados, solicitud que además no fue complementada pese a que se requirió por la entidad.

De otra parte, una vez se aportaron los documentos en debida forma, mediante la Resolución No. GNR 309709 del 19 de octubre de 2016, se denegó la prestación, aduciendo "*Que analizadas nuevamente las pruebas aportadas por la solicitante se evidencia registro civil de defunción el cual indica que el causante se encontraba divorciado al momento del fallecimiento, situación que ha sido corroborada por la señora CRUZ FONSECA LIGIA. Por lo anterior se debe tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 1.820 del Código Civil Colombiano, es cual establece que una de las causales para disolver la sociedad conyugal es por el mutuo acuerdo de los cónyuges capaces, elevado a escritura pública, acto con el cual los cónyuges, separan judicialmente los bienes de cada uno, para su propia administración.*

"Por lo cual, al ser realizado el divorcio entre los cónyuges, la solicitante pierde la calidad de beneficiaria de la sustitución pensional frente al señor QUISADO LUGO CARLOS ALBERTO".

Así las cosas, se advierte que la negativa de COLPENSIONES se sustentó en la convicción de los efectos que surtía el divorcio, a lo cual debe tenerse en cuenta además que solo hasta el presente proceso se acreditó que en efecto la convivencia perduró en calidad de compañeros permanentes hasta la fecha del deceso, y que el matrimonio y el divorcio no surtían efectos al no haber sido protocolizados en Colombia, motivo por el cual estima la Sala que dadas las connotaciones del presente proceso se debe absolver a COLPENSIONES del pago de intereses moratorios.

f. De la Excepción de Prescripción:

Respecto a dicha excepción se advierte de entrada que goza de prosperidad de manera parcial, toda vez que el fallecimiento del causante, señor CARLOS

ALBERTO QUISADO LUGO sucedió el 19 de diciembre de 2014, elevando reclamación administrativa la demandante el 12 de marzo de 2015, la cual fue denegada a través de la Resolución GNR 280558 de 14 de septiembre de 2015, decisión que fue confirmada por medio de las Resoluciones GNR 336956 de 28 de octubre de 2015 y GNR 205273 de 13 de julio de 2016, por lo que al haberse presentado la demanda el 21 de agosto de 2020 (Carpeta 01- Archivo 02), claro resulta para la Sala que operó el término trienal prescriptivo reglado en los artículos 488 y 489 del C.S.T., en concordancia con lo dispuesto en el artículo 151 del C.P.T y de la S.S., sobre las mesadas causadas con anterioridad al 21 de agosto de 2017.

En estos términos, la decisión será parcialmente revocada.

SIN COSTAS en esta instancia.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ,** administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el numeral segundo de la sentencia emitida el 27 de mayo de 2022, por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, que condenó al pago de los intereses moratorios; para en su lugar, absolver a la demandada COLPENSIONES de dicha pretensión, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral tercero de la sentencia de primera instancia, que declaró probada parcialmente la excepción de prescripción frente a los intereses moratorios, en consonancia con lo dispuesto en el numeral anterior y lo señalado sobre el particular en la parte considerativa de esta decisión.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia emitida el 27 de mayo de 2022, por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN **CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR**
Magistrado **Magistrado**

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA DE DECISIÓN LABORAL

Proceso Ordinario Laboral No.	1100131050 **38 2021 00049** 01
Demandante:	VICTOR HUGO UBILLUS CORREA
Demandado:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C.; treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante en contra de la sentencia proferida el 9 de junio de 2022 por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor VICTOR HUGO UBILLUS CORREA, formuló demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, con la finalidad que se declare que en la Historia Laboral expedida el 19 de marzo de 2020, acredita 472.43 semanas cotizadas, de las cuales 56 aluden a los últimos tres (3) años anteriores a la fecha de estructuración de su pérdida de capacidad laboral.

Como consecuencia de lo anterior, pretende se condene al pago de la pensión de invalidez, junto con el correspondiente retroactivo y los intereses moratorios.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus aspiraciones, refirió que nació el 20 de diciembre de 1961 y que el 1º de octubre de 2019 solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, pedimento que fue denegado por la pasiva mediante Resolución SUB 284932 de 16 de octubre de 2019, aduciendo que no cuenta con 50 semanas cotizadas en los últimos tres (3) años anteriores a la fecha de estructuración de la PCL, sin tener en cuenta que padece de una enfermedad degenerativa, congénita y progresiva; además expuso que en dicho acto administrativo la encartada adujo que solo contaba con 427 semanas, cuando en realidad acredita 472, según la Historia Laboral expedida el 19 de marzo de 2020; igualmente se indica que cuenta con una PCL del 71%, estructurada el 20 de febrero de 2019 según el dictamen DML 6167 de 4 septiembre de 2019.

Seguidamente relató que a través de las Resoluciones SUB 311858 de 16 de noviembre de 2019 y DPE 15207 de 24 de diciembre de 2019, se negó nuevamente la prestación pensional deprecada, sin tener en cuenta que padece de una enfermedad progresiva, degenerativa o congénita, por lo que ostenta una protección constitucional reforzada. Adicionalmente, señala que dichas resoluciones se equivocan en el número de semanas que contabilizan en los tres últimos años a la fecha de estructuración de la PCL y además se expresa que las personas que padezcan las enfermedades anteriormente referidas pueden ponerse al día con los pagos que han cancelado de manera extemporánea.

De otro lado, adujo que la NUEVA EPS emitió certificación de incapacidad del 12 de mayo al 7 de diciembre de 2017, la cual no fue pagada y tampoco se tuvo en cuenta en la Historia Laboral, periodo que corresponde a 29 semanas, además que en la Historia Clínica 14239213 se pudo determinar que padece de ceguera y no tiene percepción de luz; finalmente que con la Resolución DPE 15207 de 2019 quedó agotada la reclamación administrativa.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición de las pretensiones formuladas en su contra. Al respecto adujo que el actor no acredita los requisitos mínimos de causación señalados en la normativa vigente y aplicable para la fecha de estructuración de la prestación de invalidez que reclama, la cual se estructuró el 20 de febrero de 2019, dado que la Historia Laboral de solo da cuenta de 38 semanas dentro de los tres (3) años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, siendo necesario contar con 50 semanas efectivas cotizadas, por lo que no resulta procedente acceder al reconocimiento y pago de la pensión que se reclama.

Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y la innominada o genérica.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 9 de junio de 2022, absolvió a la convocada a juicio de las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas y agencias en derecho al promotor del litigio.

Para arribar a tal conclusión, memoró que de acuerdo a la reiterada jurisprudencia, entre otras, la sentencia SL 2989 de 2014 con Radicación 79724, la norma que regula la pensión de invalidez es la vigente a la fecha de estructuración de tal estado de invalidez, es decir, el artículo 1º de la Ley 860 del 2003, el cual modificó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993. Dicho esto, señaló que el precepto legal en comento establece un mínimo de 50 semanas cotizadas dentro de los últimos 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez y una PCL superior al 50%, como requisito para reconocer la pensión de invalidez.
Refirió que el primero de los requisitos se encuentra acreditado con el dictamen aportado al informativo en el que se indica que el accionante presentó una

invalidez como consecuencia de un desprendimiento de la retina, estructurada el 20 de febrero del 2019 con un porcentaje de PCL del 71%.

En cuanto al requisito de semanas cotizadas, expuso que, al revisar el Reporte de Semanas Cotizadas en Pensiones expedido por COLPENSIONES, se encuentra que la última semana aportada por el accionante fue para el ciclo de marzo del 2017, luego, no se encontraba cotizando al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones al 20 de febrero del 2019, es decir, en la calenda en la que se estructuró su estado de invalidez. Igualmente, mencionó que en el lapso comprendido entre el 20 de febrero del 2016 y el 20 de febrero del 2019, es decir, en los tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración, observó que realizó pagos en calidad de trabajador independiente al sistema en forma extemporánea.

Precisando que tales pagos se llevaron a cabo del ciclo 1º de marzo de 2016 al 31 de agosto 2016, mediante un tipo de pago normal como independiente, y fecha de pago normal mensual por 25.71 semanas. De otro lado, advirtió que del 1º de septiembre de 2016 al 28 de febrero de 2017 se realizó un pago extemporáneo como independiente el 22 de octubre del 2019, es decir, con posterioridad al dictamen de pérdida de capacidad laboral por 25.43 semanas y para los ciclos del 1º de marzo del 2017 al 31 de marzo del 2017, realizó otro pago extemporáneo como trabajador independiente el 24 de febrero del 2020 por 4.29 semanas para un total de 55.43.

Bajo ese escenario, trajo a colación lo normado en el artículo 35 del decreto 1406 de 1999, que regula las cotizaciones para trabajadores vinculados al sistema como independientes. Igualmente, hizo alusión a las sentencias con Radicados No. 26728 de 5 de diciembre de 2006 y No. 31981 del 28 de mayo del 2008, en la que precisó que el artículo 21 el Decreto de 1818 de 1996, que fue derogado por el artículo 61 del Decreto 1406 de 1999, reiteraba que las cotizaciones efectuadas por los trabajadores independientes debían cumplirse anticipadamente, de suerte que ninguna consignación puede surtir efectos retroactivos, de donde se infiere que a la entidad administradora corresponde en

consecuencia, imputar siempre los pagos a mensualidades futuras en los términos y oportunidades de que trata el Decreto 1406 de 1999.

De modo, que las cotizaciones realizadas por el actor como trabajador independiente el 22 de octubre de 2019 y el 24 de febrero de 2020, con posterioridad al 4 de septiembre de 2019, fecha de emisión del dictamen de PCL no surten efectos retroactivos, pues necesariamente deben reputarse al mes siguiente de su pago y en consecuencia para el lapso comprendido entre el 26 de febrero del 2016 y el 20 de febrero del 2019, 3 años anteriores a la fecha de estructuración de invalidez, el actor solo cuenta con 25.71 semanas cotizadas y en consecuencia no cumple con los presupuestos para acceder a la pensión de invalidez que reclama. Acotando que de habilitarse la posibilidad que con posterioridad al dictamen se solucionen cotizaciones a fin de que sean imputadas a periodos anteriores, ello podría generar un abuso del derecho en perjuicio de la sostenibilidad financiera del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.

Al analizar el principio de la condición más beneficiosa en la pensión de invalidez que se reclama, hizo mención a la sentencia SL2989 de 2014, señalando que en el tránsito legislativo entre la Ley 100 de 1993 y las Leyes 797 de 2009 y 860 de 2003. Criterio que ha sido reiterado respecto de la pensión de invalidez en sentencia CSJ SL 2358 del 2017, reproducida en la SL2797 de 2020, SL3202 de 2020, SL3055 del 2020, SL3660 del 2020 y en sentencia la SL2740 de 2021 que reiteraron los requisitos para conceder la pensión de invalidez en desarrollo al principio de la condición más beneficiosa.

Acorde con las jurisprudencia en comento, señaló que en el caso de marras no era viable aplicar la condición más beneficiosa, pues si bien es cierto se acreditó que había aportado más de 26 semanas en cualquier tiempo, antes del 26 de diciembre de 2003, no es menos cierto que para el 20 de febrero del 2019, fecha de estructuración de la invalidez, el afiliado no estaba cotizando y así mismo superó la temporalidad para la aplicación de la Ley 100 de 1993, pues la invalidez no se produjo entre el 26 de diciembre del 2003 y el 26 de diciembre del 2006,

recodando que la fecha de estructuración se produjo el 20 de febrero del 2019, sin que en el *sub lite* exista prueba idónea que permita deducir en qué momento por ejemplo el accionante arribó a un 50% de PCL, a fin de concluir que lo fue entre el 26 de diciembre del 2003 y el 26 de diciembre del 2006. Acotando que, si bien la enfermedad del actor es crónica degenerativa y congénita, no se advierte que con posterioridad a la última cotización hubiera efectuado cotizaciones. En consecuencia, absolvió a la demandada de las pretensiones elevadas en su contra y condenó en costas al actor.

III.- RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión del *a-quo*, la parte demandante interpuso recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia de primer grado. Al respecto, indicó que en el presente evento se debe establecer si son válidas o no las semanas cotizadas de manera extemporánea, ya que si bien el fallador de instancia concluyó que efectivamente entre 20 de febrero de 2016 y 20 de febrero de 2019 se acreditaron 55.43 semanas, adujo que no podían tenerse en cuenta de manera retroactiva los pagos efectuados con posterioridad al 20 de febrero de 2019, los cuales no obstante, si deben ser tenidas en cuenta de acuerdo con lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en la sentencia SL2991 de 2020, Radicado 79937, dado que la demandada no puede abstenerse de recibir tales aportes alegando la mora, más aún cuando se evidencia que los mismos fueron cancelados dentro del mismo periodo que pretendía fuesen reconocidos.

En esa medida, es claro que los aportes sufragados con posterioridad al año 2019, calenda de la fecha de estructuración, deben ser tenidos en cuenta a efectos de reconocer la pensión que se reclama en la litis, de acuerdo con los requisitos establecidos en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 con la modificación que introdujo el artículo 1º de la Ley 860 de 2003. Más si se tiene en cuenta que en el plenario no se discute que el actor acreditó una PCL superior al 50%, y que alcanzó las 50 semanas en los últimos 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración, es decir, antes del 20 de febrero del año 2019, además padece de

ceguera permanente con ruptura de retina, lo que le generó una incapacidad laboral.

IV.- CONSIDERACIONES:

4.1. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

4.2. PROBLEMA JURÍDICO:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si al demandante le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez pretendida.

De prosperar lo anterior, habrá de determinarse la fecha de causación de la prestación, y si proceden los intereses moratorios dispuestos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

4.3 Del Derecho Pensional:

Al descender al *sub-examine*, se advierte que en esta instancia no existe discusión respecto a que el demandante VICTOR HUGO UBILLUS CORREA, nació el 20 de diciembre de 1961 (Fl. 49- archivo 01) y que le fue calificada una pérdida de capacidad laboral del 71%, de origen común y con fecha de estructuración de 20 de febrero de 2019, a razón del diagnóstico de desprendimiento de la retina con ruptura, según dictamen DML 6167 de 2019, emitido el 4 de septiembre de 2019 por COLPENSIONES (Fls. 33 a 38 archivo 01).

Además, que de acuerdo con el Reporte de Semanas Cotizadas en Pensiones del actor expedida por la encartada el 19 de marzo de 2020, se indica que cuenta con

472.43 semanas de enero de 1987 a marzo de 2017(Fls. 42 a 46 archivo 01), lo que se acompasa con el reporte emitido el 5 de agosto de 2021 (Archivo 10); en consecuencia, solicitó la pensión de invalidez a la pasiva, prestación que fue denegada mediante Resoluciones SUB284932 de 16 de octubre de 2019, SUB311858 de 13 de noviembre de 2019, DPE 15207 de 24 de diciembre de 2019 y SUB99567 28 de abril de 2021 (Archivo 10), como quiera que no acreditó 50 semanas de cotizaciones en el último trienio anterior a la estructuración de la invalidez y que efectuó pagos como independiente de manera extemporánea con posterioridad a la emisión del dictamen, esto es, por los ciclos de septiembre de 2016 al febrero de 2017, el 22 de octubre del 2019 y por el ciclo marzo de 2017, el 24 de febrero del 2020.

En esa medida, y tal como lo ha decantado la jurisprudencia emanada del órgano de cierre de esta especialidad, la norma a aplicar es la vigente a la fecha de estructuración de la invalidez, en consecuencia, la norma que gobierna el asunto que concita la atención de esta Corporación no es otra que la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 860 de 2003, luego, imperioso se hace memorar lo expuesto en el artículo 38 de la Ley 100 de 1993, que establece:

> *"ARTÍCULO 38. ESTADO DE INVALIDEZ. Para los efectos del presente capítulo se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral."*

A su vez, el artículo 39 de la misma disposición normativa, modificado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, señala en su numeral 1º y el parágrafo 2º los requisitos para obtener la pensión de invalidez, así:

> *"Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:*
>
> *Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.*

(…)

PARÁGRAFO 2o. Cuando el afiliado haya cotizado por lo menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, solo se requerirá que haya cotizado 25 semanas en los últimos tres (3) años."

De esta forma, como ya se expuso quedó acreditado que el actor cuenta con un porcentaje de invalidez superior al 50%, ya que le fue califica una pérdida del 71% de su capacidad laboral estructurada el 20 de febrero de 2019, no obstante, no acredita el requisito de 50 semanas cotizadas dentro de los últimos tres años anteriores a la fecha de estructuración.

4.4 De la Imputación de Pagos Extemporáneos:

Precisado lo anterior, se advierte que la parte actora en su disenso adujo que, si bien el fallador de primer grado expuso que el promotor contaba con un cúmulo de 55.43 semanas cotizadas entre 20 de febrero de 2016 y 20 de febrero de 2019, es decir, en los últimos tres años anteriores a la invalidez, ya que la norma a aplicar al caso era el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, lo cierto fue que no tuvo en cuenta de manera retroactiva los pagos efectuados con posterioridad al 20 de febrero de 2019, los cuáles según su parecer deben ser contabilizados a efectos de alcanzar las 50 semanas de cotizaciones que exige la norma en comento.

Al respecto, considera la Sala pertinente traer a colación lo reseñado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL13077-2014, Radicación No. 45867 de 3 de septiembre de 2014, en donde al abordar lo referente al pago extemporáneo de cotizaciones por parte de trabajadores independientes, señaló:

"Igualmente, el art 35 del D. 1406/1999 establece que «Los trabajadores independientes deberán presentar la declaración de novedades y realizar el pago de las respectivas cotizaciones por períodos mensuales y en forma anticipada. Las novedades que ocurran y no se puedan reportar anticipadamente, se reportarán al mes siguiente».

"Llegados a este punto, brota una conclusión: los trabajadores independientes están obligados a efectuar su aporte «por períodos mensuales y en forma anticipada», de manera que las «novedades que ocurran y no se puedan reportar anticipadamente, se reportarán al mes siguiente»; por tanto, las cotizaciones realizadas en forma «extemporánea» si bien son eficaces, no surten efecto retroactivo.

"De suerte que Entonces, trasladando los argumentos jurídicos expuestos al asunto bajo escrutinio, estima la Corte que el juez de segundo grado no incurrió en los yerros enrostrados por la censura, dado que los aportes pagados por la actora el 14 de septiembre de 2006, «por los ciclos correspondientes a las cotizaciones causadas entre los años 2004 y 2005», si bien son válidos, no producen un efecto pretérito, para de esta manera ser tenidos en cuenta al momento de contrastar los requisitos para acceder a la pensión de invalidez, específicamente el de haber cotizado 50 semanas en los tres años anteriores a la fecha de la estructuración de la invalidez, pues, itérese, a la luz de las disposiciones estudiadas, el Instituto de Seguros Sociales debió imputarlos a las mensualidades futuras."

Postura que ha sido reiterada, más recientemente en sentencia SL2980-2021 Radicación No. 80859 de 28 de junio de 2021, en la que además se dijo:

"Más recientemente, esta línea jurisprudencial fue reiterada en sentencias CSJ SL 3445-2019 y CSJ SL513-2020, en la que adoctrinó:

En cuanto al tema de discusión, vale recordar que conforme al artículo 35 del Decreto 1406 de 1999, las novedades de los trabajadores independientes «que ocurran y no se puedan reportar anticipadamente, se reportarán al mes siguiente», lo que significa que los pagos realizados en periodos vencidos no se desperdician o desestiman, sino que se imputan a los meses subsiguientes […]"

Bajo ese escenario, es claro que las semanas sufragadas por el gestor entre el 21 de febrero de 2016 y el 20 de febrero de 2019, es decir, en los tres (3) años anteriores a la estructuración de la invalidez, arroja un total de 55.71 semanas cotizadas según el Reporte de Semanas Cotizadas en Pensiones emitido el 5 agosto 2021, el cual ya se dijo concuerda en cantidad de cotizaciones con las referidas en el Reporte de 19 de marzo de 2020, el cual señala el actor en el *petitum* debe ser tenido en cuenta a fin estudiar la prestación pensional deprecada.

Sin embargo, palmario es que los ciclos de septiembre de 2016 a febrero de 2017 fueron cancelados el 22 de octubre de 2019, al igual que los ciclos de marzo a mayo de 2016 y marzo de 2017, los que fueron pagados el 24 de febrero de 2020, de modo que, solo 12.86 semanas fueron sufragadas en tiempo. En punto de lo anterior, y de acuerdo con la jurisprudencia anteriormente mencionada, diáfano es que la consecuencia del pago extemporáneo de tales periodos es que no pueden ser aplicados a efectos de contabilizar las 50 semanas anteriores a la estructuración de la invalidez como lo pretende el gestor en su alzada, pues tales pagos solo pueden ser imputados a mensualidades futuras como bien lo concluyo el Juez de primer grado, máxime cuando fueron abonados después de emitido el dictamen que calificó la pérdida de capacidad laboral al actor.

Cabe mencionar que lo expuesto en la sentencia SL2991 de 2020, a la cual hizo alusión el demandante en su apelación, refiriendo que de acuerdo al criterio allí expuesto es posible conceder la pensión que aquí se reclama, si bien refiere a un caso en el cual se estudia una pensión de invalidez, no es menos cierto que el problema jurídico en torno a establecer *"(i) si es válida la afiliación al sistema de seguridad social integral de una persona que cuenta con la edad para acceder a la pensión de vejez, y (ii) si la vejez es per se invalidez"*, aspectos que distan del caso que nos ocupa, el cual se ciñe a la validez de semanas de cotización como independiente solucionadas de manera extemporánea y con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez.

Por último, huelga recordar que no se ahondara en el análisis de la condición más beneficiosa, pues tal situación no fue objeto de controversia por parte del apelante, ya que fue claro en señalar en su disenso que la pensión se regía por lo dispuesto en la Ley 860 de 2003, y además de entrada se observa que la invalidez no ocurrió entre el 26 de diciembre de 2003 y el 26 de diciembre de 2006, lo cual es uno de los requisitos dispuestos por la jurisprudencia, entre otras, en sentencia SL3055-2020 con radicación No. 74434 de 22 de julio de 2020, para avanzar en tal análisis. Corolario de lo anterior, no le queda otro camino a esta Sala de Decisión que confirmar en su integridad la sentencia de primera

instancia. **COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte actora y a favor de la demandada.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ,** administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 9 de junio de 2022 por el Juzgado Treinta y Ocho del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante y a favor de la demandada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado

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

AGENCIAS EN DERECHO: se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de $500.000 a cargo del actor y a favor de la demandada COLPENSIONES, lo cual deberá ser incluido en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **38 2021 00144 01**
Demandante:	BEATRIZ ELVIRA PÉREZ ARANA
Demandado:	COLPENSIONES Y LA UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la actora y la demandada UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, en contra de la sentencia proferida el 24 de mayo de 2022 por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, se estudiará el proceso en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., como quiera que la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora BEATRIZ ELVIRA PÉREZ ARANA promovió demanda ordinaria laboral en contra de la UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA y COLPENSIONES, a fin que se declare que entre la actora y la Universidad demandada existió un contrato de trabajo entre el 20 de julio de 1981 y el 30 de junio de 1993, sin que el empleador realizara la afiliación y pago de aportes por los riesgos de invalidez, vejez y muerte al entonces INSTITUTO DE

SEGUROS SOCIALES, hoy COLPENSIONES. Igualmente, se declare que es beneficiaria del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, de acuerdo a lo regulado en el Decreto 758 de 1990, y por tanto, tiene derecho a que la pensión de vejez que le fuera reconocida por COLPENSIONES mediante Resolución No. SUB91857 del 9 de abril de 2018, le sea reliquidada con una tasa de reemplazo del 90% con el promedio de toda la vida laboral.

Como consecuencia de tales declaraciones, pretende se condene a la demandada UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA a pagar a COLPENSIONES el cálculo actuarial o el título pensional al que hubiere lugar, a razón de los aportes dejados de cotizar a su favor por los riesgos de invalidez, vejez y muerte correspondiente al periodo comprendido entre el 20 de julio de 1981 hasta el 30 de junio de 1993.

De la misma forma, se condene a COLPENSIONES a reliquidar la pensión de vejez que le reconoció, de conformidad con lo establecido en el Decreto 758 de 1990, por ser beneficiaria del régimen de transición, aplicando una tasa de reemplazo del 90% al promedio laboral de toda la vida. A su vez, se condene a dicha entidad a pagar las diferencias causadas entre la mesada pensional reconocida y el valor de la mesada que se reliquide, a partir del 1º de abril de 2018 y hasta la fecha en que se realice el pago, junto con la indexación de las sumas adeudadas. Por último, solicita se condene al extremo pasivo a pagar lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra* y *extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como respaldo de sus súplicas, refirió que nació el 1º de octubre de 1946, cumpliendo la edad de 55 años el mismo día y mes del año 2001; luego, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con 47 años. De otro lado, refirió que estuvo vinculada laboralmente con la UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA como docente hora cátedra durante el periodo comprendido entre el 20 de julio de 1981 hasta el 30 de junio de 1993, lapso en el cual no fue afiliada, ni se realizaran aportes a su favor al I.S.S., tendientes a cubrir los

riegos de invalidez, vejez y muerte, ya que la Universidad solo efectuó aportes al I.S.S., a partir de febrero del año 2000.

Sostuvo que COLPENSIONES el 9 de abril de 2018, mediante Resolución SUB91857, le reconoció pensión de vejez en aplicación de la Ley 797 de 2003, la cual fue liquidó con el I.B.C. de toda su vida laboral, correspondiente a 1.359 semanas, determinado un I.B.L. de $1.817.113 al cual le aplicó una tasa de reemplazo del 65,84%, lo que arrojó una mesada inicial de $1.197.387, a partir del 1º de abril de 2018.

Seguidamente, indicó que el 29 de enero de 2019 la Universidad convocada a juicio, emitió certificado laboral en el que se evidencia que estuvo al servicio de esa accionada como docente del Departamento de Matemáticas, desde el segundo semestre de 1981 hasta el 30 de junio de 1993, por medio de un contrato de hora cátedra. En esa medida solicitó el 15 de marzo de 2019, la corrección de su Historia Laboral ante COLPENSIONES, por los periodos faltantes a cargo de la UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, esto es, entre el 20 de julio de 1981 y el 30 de junio de 1993, solicitud que fue denegada por COLPENSIONES el 19 de junio de 2019, aduciendo que no encontró registros de cotizaciones.

Dicho esto, mediante reclamación administrativa de 30 de julio de 2019, solicitó a COLPENSIONES la reliquidación de pensión de vejez, en consideración a las semanas dejadas de cotizar por la UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA y en aplicación del régimen de transición, solicitud que fue denegada por la entidad el 28 de agosto de 2019, mediante Resolución SUB 233359, argumentando que no reunía la densidad de semanas necesarias para conservar dicho régimen (Archivo 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones del libelo introductorio, indicando que el litigio gira en torno a una presunta existencia de un contrato laboral y una mora de aportes por parte del empleador UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, siendo ajena a esa

encartada, por lo que no está legitimada en la causa por pasiva, pues es la Universidad demandada quien debe pronunciarse sobre el tiempo de servicio prestado, y si existió un vínculo contractual del cual derive la obligación de realizar aportes al Sistema General de Seguridad Social de Pensiones. En consecuencia, no tiene fundamento legal para iniciar acciones de cobro coactivo o persuasivo en contra de la demandada UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, correspondiendo a este generar el pago de los aportes dejados de sufragar, si a ello hubiese lugar.

Propuso como medios exceptivos los de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, la innominada o genérica y no procedencia al pago de costas en Instituciones Administradoras de Seguridad Social del orden público.

Por su parte, la UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones del escrito genitor, aduciendo que el vínculo contractual que unió a las partes para el periodo comprendido entre el 20 de julio de 1981 hasta el 30 de junio de 1993, alude a un contrato de hora cátedra, más no a un contrato de trabajo de acuerdo con lo expuesto por la misma actora. Además, no se puede confundir el término de empleadora con el de contratante, ni dos regímenes de contratación diferentes, luego, en el caso de marras no existe un indicio que acredite que se presentaron los tres elementos propios de un contrato de trabajo, sin que la Universidad haya aceptado o afirmado que para el periodo entre el 20 de julio de 1981 al 30 de junio de 1993 medió entre las partes un contrato de trabajo.

Formuló como excepción previa la de prescripción, la cual fue resuelta en audiencia de que trata el artículo 77 del C.P.T. y de la S.S., el día 3 de febrero de 2022, difiriéndose su estudio al momento de proferir la sentencia que ponga fin la instancia, dada la naturaleza de lo debatido, ya que se debe establecer el derecho que eventualmente pueda generar cotizaciones o cálculo actuarial con destino al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.

Como excepciones de mérito propuso las de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, inexistencia de un contrato de trabajo,

compensación, seguridad jurídica e irretroactividad de la ley, buena fe de la demandada, mala fe de la demandante, genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 24 de mayo de 2022, declaró que entre la demandante y la demandada UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA existieron varios contratos de trabajo como docente por hora cátedra en los siguientes periodos:

DESDE	HASTA
20 de julio de 1981	30 de noviembre de 1981
31 de enero de 1982	13 de junio de 1982
1 de febrero de 1983	13 de junio de 1983
20 de julo de 1983	30 de noviembre de 1983
16 de julio de 1984	14 de diciembre de 1984
21 de enero de 1985	15 de junio de 1985
22 de julio de 1985	30 de noviembre de 1985
15 de febrero de 1986	15 de junio de 1986
21 de julio de 1986	30 de noviembre de 1986
26 de enero de 1987	30 de mayo de 1987
21 de julio de 1987	30 de noviembre de 1987
1 de febrero de 1988	30 de mayo de 1988
31 de julio de 1988	1 de diciembre de 1988
1 de febrero de 1989	10 de junio de 1989
17 de julio de 1989	30 de noviembre de 1989
29 de enero de 1990	16 de junio de 1990
23 de julio de 1990	30 de noviembre de 1990
21 de enero de 1991	8 de junio de 1991
15 de julio de 1991	30 de noviembre de 1991
3 de febrero de 1992	15 de junio de 1992
27 de julio de 1992	30 de noviembre de 1992
8 de febrero de 1993	30 de junio de 1993

Asimismo, declaró que la demandada UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA en su calidad de empleador, no realizó los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones por los periodos reseñados en el ítem primero de la parte resolutiva de la sentencia de primer grado, por lo que debe asumir el valor del cálculo actuarial, que para el efecto debe realizar COLPENSIONES respecto de la demandante y por los periodos previamente

reseñados en el marco de las vinculaciones cumplidas entre el 20 de julio de 1981 y el 30 de junio de 1993.

A su vez, ordenó a COLPENSIONES que dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, efectúe y liquide el cálculo actuarial a fin de contabilizar en la historia laboral los periodos laborados para la UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, en el lapso comprendido entre el 20 de julio de 1981 y el 30 de junio de 1993, teniendo en cuenta para el efecto como IBC los valores certificados y, en todo caso, no inferiores al salario mínimo legal mensual vigente para cada época y atendiendo los lineamientos del Decreto 1887 de 1994, asumiendo los porcentajes de cotización correspondientes al empleador y a la trabajadora, una vez efectuado el cálculo que actuarial deberá ser notificado a la UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA para que proceda con el pago en la primera oportunidad que establezca COLPENSIONES. Por último, declaró probada la excepción de petición antes de tiempo, y condenó en costas a la demandada UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA.

Para arribar a dicha conclusión el *a-quo,* al auscultar sobre la naturaleza jurídica de la vinculación contractual de la actora con la UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA en el lapso comprendido entre 1981 y 1993, adujo que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral ha analizado el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades cuando se solicita la declaración de la existencia de un contrato de trabajo y la consecuente obligación del empleador de afiliar al trabajador y pagar los aportes dejados de verificar al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, acotando que para el período anteriormente reseñado no estaba vigente la Ley 100 de 1993, siendo aplicable en materia de pensional el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, y los Acuerdos que regían para el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES en relación con los trabajadores que habían sido convocados para afiliar a sus trabajadores a esa entidad. Además, era viable acudir al Código Sustantivo del Trabajo en lo referente al reconocimiento de la pensión de vejez a cargo del empleador, previo cumplimiento de los requisitos de ley.

En esa medida, señaló que se allegaron al informativo certificaciones emitidas por la UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA el 4 de diciembre del 2019 y el 16 de agosto de 1994, en las que se indica que la gestora estuvo vinculada con esa institución como Docente en el Departamento de Matemáticas, en los periodos académicos que allí se especifican de manera interrumpida desde el segundo semestre de 1982 hasta el segundo semestre de 1993. Igualmente, en el expediente administrativo obra el Reporte de Semanas Cotizadas para los periodos de 1972 a 2018 emitidos por COLPENSIONES y la Resolución SUB91857 de abril de 2019 por la cual se ordena el reconocimiento de la pensión de vejez, así como la Resolución SUB2359 del 28 de agosto del 2019, que resuelve una solicitud de reliquidación pensional.

Adicionalmente, trajo a colación lo consagrado en el artículo 106 de la Ley 30 de 1992, la sentencia de 17 de mayo del 2011 con Radicación 38182, la cual sostuvo que es de la esencia de los servicios de enseñanza de esta clase de docentes, que su trabajo sea subordinado, salvo casos excepcionales y siendo su vínculo celebrado por el año escolar. En refuerzo de tal tesis, hizo mención al artículo 101 del C.S.T., la sentencia C-665 de 1998 emitida por la Corte Constitucional que declaró inexequible el inciso 2º del artículo 24 del CST, concluyendo que en vigencia de la Constitución de 1886 o la de 1991, no es posible afectar principios constitucionales así la relación contractual se hubiese dado antes de la expedición de la Ley 30 de 1992, o incluso en vigencia el Decreto 80 de 1980, pues necesariamente en atención al principio de la primacía de la realidad sobre las formas necesariamente debe entenderse que conlleva una naturaleza subordinada, y bajo ese contexto el empleador está obligado a realizar los aportes pensionales respectivos.

Acotado lo anterior, encontró acredita la existencia de múltiples contratos de trabajo cuya duración estaba determinada por el período académico, de acuerdo con lo reseñado en certificación de 4 de diciembre del 2019. En cuanto al valor de la hora catedra, adujo que los cuatro primeros vínculos aparecen sin mayor información sobre el valor y de ahí en adelante aparecen registrados los valores; en cuanto a la intensidad horaria solo se registran los vínculos de julio de 1992 a 1993, así las cosas, expuso frente a la intensidad horaria que su

equivalente corresponde al salario mínimo mensual legal mensual vigente de la época, ello conforme lo enseñado en sentencia SL2799 del 2020.

En consecuencia, y dado que la vinculación de la actora con la UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA era de carácter laboral, es claro que esa demandada está obligada a pagar las cotizaciones con destino al ISS hoy COLPENSIONES, con el fin de cubrir las contingencias derivadas de los riesgos de invalidez, vejez y muerte, por lo que dicha administradora de pensiones debe efectuar el cálculo respectivo, de cara a que tales periodos sean tenidos en cuenta para la estructuración del derecho pensional de la promotora, acotando que COLPENSIONES deberá partir de ingresos equivalentes al salario mínimo legal mensual vigente para los respectivos periodos, los cuales deberán incluir eventuales intereses de mora, igualmente la Universidad demandada debe asumir el aporte como empleador y el que le correspondía a la demandante.

Respecto a las pretensiones elevadas por la actora, atinentes a que se declare que es beneficiaria del régimen de transición y se reliquide de la pensión de vejez que le fue reconocida, adujo que era una petición antes de tiempo, pues solo una vez se haya efectuado el pago del cálculo actuarial, COLPENSIONES quedará habilitada para verificar el estudio de tales pedimentos y estudiar la viabilidad de los mismos; declarando probada la excepción de petición antes de tiempo, y no probada la de prescripción, dado que el pago de los periodos en cuestión a través del cálculo están directamente relacionadas con la causación del derecho pensional; finalmente condenó en costas a la demandada UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión la demandada UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA la apeló. Argumentó en su alzada que, la contratación de docentes mediante prestación de servicios de 1981 a 1993 era tolerada por el ordenamiento jurídico y no era una actividad que como lo hicieron ver las sentencias en las que apoyó el juez de instancia su decisión, fuesen necesariamente regida por un contrato de trabajo, luego, es una carga excesiva

que por trabajar 3, 5, o 6 horas a la semana, se le imponga a un contratante después de más de 41 años, la obligación de pagar un cálculo actuarial a una persona que además ya está disfrutando de la pensión de vejez.

Resultando excesivo imponer una obligación fundada en sentencias de la Corte Constitucional que fueron posteriores a la terminación de los contratos de prestación de servicios con la demandante, por lo que solicita que esta Corporación examine el fondo la naturaleza de las actividades que desarrolló la demandante.

Además, adujo que en el interrogatorio de parte se indagó respecto al uso de herramientas o equipos de propiedad de la demandada por parte de la accionante para desempeñar sus funciones, buscando el típico ejemplo de la declaratoria de subordinación laboral, que en este caso no existió; es decir, que la declaratoria se funda en criterios jurisprudenciales con sustento fáctico disímil, máxime cuando se trata de contratos de prestación de servicios, de modo que, de las certificaciones aportadas al proceso, no se acredita la existencia de un contrato de trabajo.

De otro lado, solicita que en el evento de mantenerse incólume la sentencia objeto de disenso, se establezca para efectos del trámite a su cargo, los periodos específicos que estarán regidos por el salario mínimo mensual legal vigente.

Por su parte la actora, en su alzada solicita se ordene a COLPENSIONES que reliquide la pensión, teniendo en cuenta que una vez se realice el pago del cálculo actuarial es evidente que se cumplirá el requisito de la densidad de semanas necesarias para acceder al régimen de transición, y en esa medida será clara la obligación de reliquidar la pensión de acuerdo al Decreto 758 de 1990, así como va a ser claro que alcanzará la densidad de semanas que permiten liquidar el IBL sobre una base del 90%.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales en legal forma y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá determinar como problemas jurídicos a resolver: (i) si entre la demandante BEATRIZ ELVIRA PÉREZ ARANA y la demandada UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, existió una relación laboral en los extremos temporales alegados en la demanda del 20 de julio de 1981 hasta el 30 de junio de 1993; (ii) seguidamente, se deberá establecer si la encartada UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA debe pagar en favor de la actora el cálculo actuarial que realice COLPENSIONES por los periodo en que se desarrolló la relación laboral alegada. En caso de prosperar tales súplicas, (iii) se deberá analizar si es procedente ordenar la reliquidación de la pensión de vejez de la promotora del litigio.

c. De la Relación Laboral:

Al descender al *sub-examine* y de acuerdo con el problema jurídico planteado, procede esta Colegiatura a verificar si el fallador de instancia erró al declarar la existencia de varios contratos de trabajo como docente hora catedra entre la actora y la demandada UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, en el lapso comprendido entre el 20 de julio de 1981 y el 30 de junio de 1993, en tanto, esa convocada a juicio no desvirtuó el elemento subordinación.

Al respecto, advierte la Sala que la demandante aduce en el libelo introductorio que prestó sus servicios para la demandada UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, como docente hora catedra del 20 de julio de 1981 al 30 de junio de 1993. A efectos de corroborar el dicho de la demandante, encuentra la Sala que obra certificación emitida el 29 de enero de 2019 suscrita por el Director de Recursos Humanos de la Universidad, en la que certifica que la actora prestó sus servicios como Docente en el Departamento de Matemáticas de ese claustro educativo, mediante Contratos de Hora Catedra en los periodos

académicos que allí se especifican desde el segundo semestre de 1981 hasta el 30 de junio de 1993 (Fls. 25 a 27 archivo 02); lo que igualmente se colige, entre otras, con las certificaciones que emitió la Universidad demandada el 4 de diciembre de 2019, el 2 de octubre de 1984, el 16 de agosto de 1994 y el 26 de enero de 2009 (Folios 29 a 32, 33 y 34 archivo 02 y folios 34 a 37, 38 a 39, 40 archivo denominado *CONTESTACION BEATRIZ ELVIRA PEREZ ARANA ENVIAR COMPLETA.pdf.*)

Ahora, huelga precisar que si bien en las diferentes certificaciones se indica que la demandante prestó sus servicios para la encartada con posterioridad al 30 de junio de 1993, lo cierto es que el caso de marras gravita en torno al lapso comprendido del 20 de julio de 1981 al 30 de junio de 1993.

Acorde con lo anterior, es menester acotar que el artículo 22 del C.S.T. define el contrato de trabajo como aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. A su vez, el artículo 23 *ejusdem* determina los elementos del contrato de trabajo, ellos son la actividad personal, la continuada subordinación o cumplimiento de órdenes, y un salario como retribución del servicio.

Reunidos los citados elementos, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen. El artículo 24 del C.S.T. estipula la presunción legal de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. Por ello la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha determinado que, a la promotora del proceso le incumbe acreditar la prestación del servicio, para que se active la presunción de la citada norma, situación en el cual le corresponde al eventual empleador desvirtuar la carga probatoria que le asiste, según sentencias SL1389-2020, Radicación 73353 del 5 de mayo de 2020, SL1390 de 2020, Radicación No. 75795 del 5 de mayo de 2020, entre otras.

Puesta así las cosas, cabe memorar que de antaño se ha establecido que una vez acreditada la prestación personal del servicio opera la referida presunción contemplada en el artículo 24 del C.S.T.; de modo que el operador judicial no tiene que verificar si la relación laboral se hizo bajo subordinación, sino que su labor se limita a indagar si aquella se desvirtuó, así lo indicó la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia con Radicación No. 34223 de 13 de abril de 2010:

> *"Para la Corte es claro que si el Tribunal tuvo por probado que el actor le trabajó a la demandada, no tenía por qué verificar si esa actividad laboral se hizo bajo subordinación laboral, pues ese hecho debió considerarlo debidamente acreditado por razón de la presunción consagrada en la norma legal que infringió directamente. Toda vez que esa presunción es de naturaleza legal y, por lo tanto, susceptible de ser desvirtuada, ha debido entonces el fallador indagar si la presunción se desvirtuó por la parte demandada, acreditando que los servicios se prestaron de manera independiente, esto es, su labor de análisis de las pruebas se debió orientar a encontrar la autonomía en la prestación de los servicios, mas no la subordinación, que, en principio, estaba acreditada por ministerio de la ley."*

Adicionalmente, el órgano de cierre de esta especialidad al referirse a dicha presunción en profesiones de las llamadas liberales, ha indicado que tiene plena operancia; así lo expuso en sentencia SL4347-2020, Radicación No. 84666 de 14 de octubre de 2020:

> *"Ahora, como quiera que la defensa de la recurrente centra buena parte de su alegación en el carácter liberal de la profesión del médico, es preciso recordar que sobre el particular esta Sala de la Corte Suprema de Justicia ha explicado que ninguna actividad profesional de las llamadas liberales que se desarrollen en virtud de un contrato civil o comercial, está exenta de la presunción del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, en razón a que esta opera, sin excepción o distinción, en «toda relación de trabajo personal» regulada por dicho estatuto (CSJ SL225-2020).*
>
> *"Además, la Corte ha aplicado la presunción de existencia de contrato de trabajo en profesiones liberales y en contratos civiles o comerciales, sin distinción en cuanto al sector público o privado, la naturaleza de las funciones, y sin exigir requisitos adicionales más que la demostración de la prestación personal y subordinada del servicio, como, entre otras, en las siguientes sentencias: CSJ SL4816-2015, CSJ SL6621-2017, CSJ SL13020-2017, CSJ SL2885-2019 y en la CSJ SL981-2019."*

Considera la Sala oportuno traer a colación lo reseñado por el Alto Tribunal de cierre de esta jurisdicción en sentencia SL1439-2021, Radicación No. 72624 del 14 de abril de 2021, en la que hizo algunas precisiones respecto a la subordinación en la relación laboral, así:

> *"**1.1. La subordinación: clave de bóveda en la determinación de una relación de trabajo subordinada***
>
> *"Bien tiene sentado la Corte que la subordinación es el elemento diferenciador entre una relación laboral y una civil o comercial (SL2885-2019). En efecto, tanto en contratos comerciales como en laborales, pueden estar presentes la prestación personal del servicio y la remuneración, por tanto, la dependencia es el factor que marca la diferencia entre uno y otro.*
>
> *"La subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, en los términos del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, «faculta a éste [sic] para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato».*
>
> *"La doctrina ha subrayado que la subordinación es la causa del contrato de trabajo, pues el empleador busca a través de este reservarse la facultad de dirigir y controlar la fuerza laboral, conforme sea necesario para el logro de sus objetivos empresariales. La jurisprudencia de esta Sala ha resaltado también como causa del contrato de trabajo la facultad del empleador de disponer de la capacidad de trabajo según sus necesidades organizativas. Por ejemplo, en la sentencia CSJ SL4479-2020 la Corte refirió:*
>
> *"No debe olvidarse que una de las razones principales por las que los empleadores vinculan trabajadores a su servicio es para reservarse el derecho de controlar y dirigir la labor de sus empleados.*
>
> *"A diferencia de otros contratos no laborales en los que el objeto es un resultado -entrega de un bien o un servicio- y, por tanto, se procura fijar las condiciones para el logro de esa meta, en el contrato de trabajo el empleador procura ejercer un control sobre la actividad del trabajador o sobre su comportamiento, para adecuarlo al logro de sus fines empresariales. Por este motivo, la ley lo autoriza para dirigir, vigilar y sancionar su conducta, mientras que, en los ordenamientos civiles o comerciales, la ley faculta a las partes con acciones o penalidades encaminadas a garantizar el cumplimiento del objeto contractual.*
>
> *"De esta forma, la subordinación, elemento central del contrato de trabajo, recae sobre la actividad del trabajador como tal. Y tiene como contracara o reverso, el poder de dirección y control del empleador sobre ese comportamiento. Dicho de otro modo: poder de organización, dirección y control y deber de subordinarse son dos caras de una misma*

moneda. Por ello, examinar esas dos dimensiones de la relación jurídica para formarse una imagen completa de la realidad fáctica, puede arrojar bastante claridad en los casos ambiguos o de relaciones laborales encubiertas."

Es de mencionar que, en el caso de los contratos laborales de docentes, el artículo 101 del CST, señala:

"El contrato de trabajo con los profesores de establecimientos particulares de enseñanza se entiende celebrado por el año escolar, salvo estipulación por tiempo menor."

Precepto legal que fue declarado exequible, a excepción del aparte subrayado el cual fue declarado inexequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-483-95 del 30 de octubre de 1995.

Además, el artículo 106 de la Ley 30 de 1992, excepto las expresiones que a continuación se subrayan las cuales fueron declaradas inexequibles por la Corte Constitucional a través de sentencia C-517-99 del 22 de julio de 1999, establece:

"Las instituciones privadas de Educación Superior podrán vincular profesores por horas cuando su carga docente sea inferior a la de un profesor de medio tiempo en la misma universidad, bien sea mediante contratos de trabajo o mediante contratos de servicios, según los períodos del calendario académico y su remuneración en cuanto a honorarios se refiere, corresponderá a lo pactado por las partes; pero que en ningún caso podrá ser inferior al valor de cómputo hora resultante del valor total de ocho (8) salarios mínimos dividido por el número de horas laborables mes."

De cara a lo anterior, y ante la controversia suscitada ante la forma de vinculación de los docentes de establecimientos de educación superior, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL5251-2018, Radicación No. 51280 de 29 de mayo de 2018, expuso lo siguiente:

"La demandante alegó que desde enero de 1990 hasta el fallecimiento del causante, este prestó labores idénticas a la universidad encartada, por lo que estima que existió una sola relación laboral subordinada. Por su parte, la demandada acepta la prestación de servicios desde aquella calenda, pero precisa que el vínculo que los ató fue civil, al amparo de lo señalado en el artículo 106 de la Ley 30 de 1992, y solo a partir de febrero

de 2000 se celebró contrato de trabajo, una vez la sentencia CC C-517/99 retiró del ordenamiento jurídico las expresiones de esa prerrogativa, que habilitaban a las universidades privadas a vincular a docentes hora cátedra a través de contratos de prestación de servicios, decisión que aclaró que esa declaración no deslegitimaba la posibilidad de celebrar acuerdos de esa naturaleza civil, toda vez que:

"[…] atendiendo a la naturaleza jurídica que lo identifica, puede ser utilizado por las instituciones privadas de educación superior para cubrir otras modalidades de la actividad académica que demanden un servicio temporal y especializado, y cuya ejecución no suponga una relación de subordinación o dependencia por parte del contratista.

"En efecto, recuerda la Corte que esta ley, en su texto original y antes de emitirse la referida decisión constitucional, brindó la posibilidad a las instituciones de educación superior para vincular a profesores, bien fuera mediante contratos de trabajo o de prestación de servicios, cuando su carga docente fuese inferior a la de un educador de medio tiempo en la misma universidad. Al respecto, ha dicho la Corte Suprema de Justicia que esa potestad se limitaba a un grupo de trabajadores, por lo que su interpretación debía ser restrictiva y «[…] no resulta aplicable por extensión a los casos no previstos por ella» (CSJ SL, 26 oct. 2010, rad. 39263).

"Se aprecia de esa manera que la destacada potestad no anulaba la facultad de las partes de celebrar un contrato de trabajo, en cualquiera de las tipologías reguladas en el CST, como la establecida en sus artículos 101 y 102 para los profesores de universidades, que igual vale recordar, es un acuerdo que no requiere de ninguna formalidad (CSJ SL, 15 mar. 2009, rad. 12919).

"Esta aclaración es importante en la medida en que, siendo así las cosas, asuntos como el que concita la atención de la Sala no pueden elucidarse de forma plana, al punto de que se suponga que el acuerdo que regentó la relación laboral fue de esencia civil, por el hecho de que fue celebrado en la época previa a la decisión constitucional, en la que la ley autorizaba ese acto. Al contrario, si en autos se demuestra la prestación personal del servicio del trabajador, corresponde aplicar el artículo 24 del CST, que señala que probado ese hecho, el otro elemento característico y diferenciador de toda relación de trabajo, es decir la subordinación jurídica, no es menester acreditarlo a través de prueba apta, dado que en tal caso se debe hacer uso de la presunción legal prevista en el citado precepto, que para este asunto, debido a que el finiquito de la relación laboral fue en el 2003, sería en su versión posterior a la sentencia CC C-665/98, que consagró definitivamente que «Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo», quedando a cargo del empleador derruirla (CSJ SL, 17 abr. 2013, rad. 39259).

"[…]

"Aquí y ahora conviene recordar que esta Corte ha sostenido, entre otras en sentencia CSJ SL, 17 may. 2011, rad. 38182, que «[…] es de la esencia de

la contratación de los servicios de enseñanza de docentes hora cátedra que su trabajo sea subordinado».” (Subrayado fuera de texto).

Bajo ese escenario, procede la Sala a analizar las pruebas recaudadas en el presente proceso, advirtiendo que además de las certificaciones a las cuales se hizo alusión precedentemente, se aportaron certificaciones suscritas por Elizabeth Hernández Vera, en calidad de Coordinadora de Recursos Humanos y Directora (E) de Recursos Humanos de la demandada UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, adiadas el 18 de marzo de 1998 y el 14 de marzo de 2002, en las que certifica que la actora prestó sus servicios como Docente de la Dirección General de Informática y Matemáticas de dicho claustro educativo, en los periodos académicos comprendidos entre el *“segundo semestre de 1981 al primer semestre de 1982”* y del *“01 de febrero de 1983 al 30 de junio de 1993”*, bajo “*Contrato Artículo 101 del C.S.T. de Hora Cátedra”,* documentos que valga la pena precisar fueron aportados por la actora y la Universidad accionada (folio 35 archivo 02 y folio 47 del archivo denominado *CONTESTACION BEATRIZ ELVIRA PEREZ ARANA ENVIAR COMPLETA.pdf.*).

Igualmente, se encuentran certificaciones expedidas por la Directora de Recursos Humanos de la Universidad enjuiciada, el 21 de mayo de 1993, el 1º de marzo de 1990, el 11 de abril de 1989 y el 5 de agosto de 1988, en la que certifica que la demandante “*trabaja”* en esa institución durante los periodos académicos desde el 1º de febrero de 1983, como profesora de Hora Cátedra en el Departamento de Matemáticas. (Folios 48, 49, 50 y 51 del archivo denominado *CONTESTACION BEATRIZ ELVIRA PEREZ ARANA ENVIAR COMPLETA.pdf.*).

Además, se aportaron formatos de la UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA de Vinculación de Personal Académico y Registro de Personal Docente, en donde se detalla información de la vinculación de la actora con esa demandada para los años 1981 a 1986 (Folios 52 a 60 del archivo denominado *CONTESTACION BEATRIZ ELVIRA PEREZ ARANA ENVIAR COMPLETA.pdf.*).

De la misma forma, se recepcionó declaración de parte del Representante Legal de la demandada UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, doctor JORGE ELIECER MANRIQUE VILLANUEVA, quien expuso que no conoció

personalmente a la gestora, pero como se expuso en la contestación de la demanda, en efecto estuvo vinculada del año 1981 a 1993 con esa accionada, mediante contrato de hora catedra, acotando que para el periodo de 1981 a 1993, no existió una relación de índole laboral, pues esa vinculación se dio bajo contrato de prestación de servicios, conforme se evidencia de las certificaciones que se aportaron con la demanda, resultado de la búsqueda que realizó la Universidad.

Relató que desconoce porque no obran en el expediente los contratos de prestación de servicios, empero, existe una certificación que dice hora catedra, contrato de prestación de servicios. Además, aceptó que los contenidos de las materias eran establecidos por la universidad; sin embargo, aclaró que la carga académica de la promotora era muy inferior al tiempo de profesor de medio tiempo, por esa razón se trataba de hora catedra, además para los años 1981 a 1993, la modalidad de contratación por hora catedra por prestación de servicios se ajustaba al ordenamiento, y fue tan solo 18 años después, esto es, hasta 1999 cuando la Corte Constitucional estableció que tan vinculación debía hacerse mediante un contrato de trabajo, por eso motivo la Universidad realizó la contratación de hora catedra de naturaleza civil, no laboral.

A la pregunta atinente a la carga laboral de un docente de medio tiempo para los años 1992-1993, indicó que el número de horas de medio tiempo deben ser 24 horas semanales, en tanto el tiempo completo es de 48 horas. Al ser indagado por el Despacho, sobre si la demandante utilizaba implementos o herramientas para efectos de realizar su labor, expuso que el trabajo docente se trata de un trabajo intelectual, de ahí, que no sea un trabajo que deba realizarse con herramientas o equipos especiales, en ese orden de ideas, la Universidad no entregaba suministros, ni dotación especial a la docente para efectos de dictar sus clases; las cuales se impartían en las instalaciones de la universidad, en un número inferior a las 24 horas.

Indicó que la Universidad es de filosofía liberal, por lo que la actora impartía clase de matemáticas y los contenidos de las clases eran dados por ella, conforme a su leal saber y entender, sin que existiera un direccionamiento riguroso o una subordinación sobre la enseñanza, máxime que ella organizaba

su programa y no estaba bajo subordinación o en exclusividad con la Universidad, tan es así, que la actora logró construir una densidad de semanas suficientes para obtener su pensión al haber laborado con diferentes empleadores, de manera que no había un direccionamiento específico.

También manifestó que por su labor recibía un pago mensual de acuerdo al número de horas que presentaba la docente, ejemplo de ello es que la certificación que se allegó al trámite procesal, señala que en 1984 se le pagaba $500 por hora, en 1985 eran $600 por hora, y así se ajustaba cada año.

En cuanto a la intensidad horaria indicó que en los contratos de hora catedra siempre eran tiempos inferiores a 24 horas a la semana, siendo común que algunos docentes dicten 22, 21, 20, 6 o 5 horas, aclarando que el horario no es una imposición, pues ello se coordina con el docente. Respecto, a algún seguimiento frente a la afiliación de la demandante al Sistema de Seguridad Social en el contrato de hora catedra, señaló que para 1981 a 1993, no existía tanta rigurosidad sobre el tema, por lo que un control era complejo, diferente al que existe en la actualidad.

Del examen de los referidos medios de convicción, se advierte de acuerdo con lo previsto en los artículos 60 y 61 del C.P.T. y de la S.S., que la promotora de la litis prestó sus servicios como docente hora catedra para la demandada UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, del año 1981 al año 1993, como quedó ampliamente probado en el trámite procesal de acuerdo a lo expuesto con antelación.

En esa medida, debe señalar esta Colegiatura que al analizar el material probatorio recaudado en el trámite procesal, no se puede llegar a una conclusión diferente a la que expuso el Juez de primer grado, y es que en efecto entre las partes, existieron diferentes contratos de trabajo entre la actora y la UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, pues de ello da cuenta la certificación anteriormente referida, que expidió la Universidad el 14 de marzo de 2002, en la que certifica que la actora prestó sus servicios como Docente de la Dirección General de Informática y Matemáticas, en los periodos académicos comprendidos entre el segundo semestre de 1981 al primer

semestre de 1982 y del 01 de febrero de 1983 al 30 de junio de 1993, bajo "*Contrato Artículo 101 del C.S.T. de Hora Cátedra",* documento que se reitera fue aportado por la Universidad (folio 47 carpeta 08 - archivo denominado *CONTESTACION BEATRIZ ELVIRA PEREZ ARANA ENVIAR COMPLETA.pdf.*).

Certificación que a las claras, guarda total concordancia con la que le fuera expedida a la demandante el 18 de marzo de 1998 (folio 35 archivo 02); y las que se emitieron el 21 de mayo de 1993, el 1º de marzo de 1990, el 11 de abril de 1989 y el 5 de agosto de 1988, en la que la universidad certificó que la demandante trabajó en esa institución para los periodos académicos del 1º de febrero de 1983 como profesora de Hora Cátedra en el Departamento de Matemáticas. (Folios 48, 49, 50 y 51 – carpeta 08 - archivo denominado *CONTESTACION BEATRIZ ELVIRA PEREZ ARANA ENVIAR COMPLETA.pdf.*).

Luego, no se le puede dar una intelección diferente a la que expresan dichas documentales, y es que las vinculaciones que unieron a las partes en cuestión entre 1981 a 1993, lo fueron a través de contratos de trabajo en estricto apego a lo normado en el artículo 101 del CST, que establece que el "*contrato de trabajo"* con los profesores de establecimientos particulares de enseñanza se entiende celebrado por el año escolar, pues así lo certificó la misma Institución educativa al hacer alusión al artículo en comento; sin que pueda pretender desconocer tal aspecto, por el hecho de que medien otras certificaciones que den a entender que el vínculo contractual que pactaron entre 1981 a 1993 fue de índole civil bajo un modalidad de prestación de servicios, en el entendido que así lo permitían las normas que estaban vigentes la época, máxime cuando la actora también se le había expedido una certificación en idénticos términos, como se expuso en precedencia.

Deviene de lo anterior, tener como un hecho cierto el contenido de la certificaciones que expidió la Universidad demandada sobre la clase de vinculación que ostentó la demandante con ese accionada entre 1981 hasta 1993, bajo la egida del artículo 101 del C.S.T., de modo que la carga de probar en contra de lo certificado por esa encartada corría por su cuenta y debía ser de tal contundencia que no dejara asomo de duda, tal como lo ha referido la

Alta Corporación de cierre de esta especialidad, entre otras, en sentencia SL529-2022, Radicación No. 75608 de 14 de febrero de 2022.

En vista de lo anterior, se tiene que no se desvirtuó por la pasiva el contenido de las certificaciones de índole laboral, y por ende de al subordinación que se presume ante la acreditación de la prestación del servicio, la que se constituye en un elemento propio de los contratos surgidos bajo el amparo de las normas establecidas en el estatuto laboral, como lo es el artículo 101 que se trae a colación en esta oportunidad, sin que en nada interfiera lo reglado en el artículo 106 de la Ley 30 de 1992, pues se reitera, la demandada certificó la existencia de la relación laboral de acuerdo a lo dispuesto el en multicitado artículo 101 del C.S.T.

Ahora, cabe recalcar que tampoco se desvirtuó la presunción establecida en el artículo 24 del C.S.T., pues tal situación no se puede colegir de las declaraciones vertidas en el interrogatorio de parte que rindió el representante legal de la UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, quien enfatizó que la relación contractual fue a través de contratos de prestación de servicios, sin que mediara subordinación alguna, pues de modo alguno puede tomarse en cuenta lo dicho sobre el particular, pues se recuerda que tal medio de prueba lo que busca es la confesión de la parte, así lo expuso la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL2284-2022, Radicación No. 77104 de 5 de julio de 2022:

> *"Por contera, el impugnante trae a colación su propio interrogatorio, que es solo un medio para obtener la prueba de la confesión. En cuanto a este punto, el actor no puede obtener un beneficio de su propia declaración, pues «bien es sabido que, en términos de lógica y de derecho, ninguna de las partes puede elaborar su propia prueba, salvo las precisas y taxativas excepciones previstas por el legislador» (CSJ SL51949-2017), por ello, es intrascendente realizar un análisis de lo expresado por él."*

Deviene de lo anterior, dejar de lado cualquier discusión frente a las sentencias emitidas por la Corte Constitucional al analizar los artículos 24 y 101 del CST y 106 de la Ley de 1992 a las que hizo mención el juez de primer grado, y respecto de las cuales manifiesta su inconformidad la Universidad demandada, en tanto, fueron posteriores al vínculo laboral que se depreca, pues como ya se

expuso, quedó establecida la existencia de la relación laboral bajo el abrigo de lo normado en el artículo 101 del C.S.T., lo que impone la confirmación de la decisión de primer grado en tal sentido.

Acorde con lo anterior, se advierte que el juez de primer grado encontró acreditada la existencia de varios contratos de trabajo, en virtud de los cuales la actora se desempeñó como docente por hora cátedra en los siguientes periodos académicos:

DESDE	HASTA	FOLIOS
20 de julio de 1981	30 de noviembre de 1981	II semestre 1981 (fl. 29 a 32 archivo 02)
31 de enero de 1982	13 de junio de 1982	I semestre 1982 (fl. 29 a 32 archivo 02)
1 de febrero de 1983	13 de junio de 1983	fl. 57 carpeta 08- archivo *CONTESTACION BEATRIZ ELVIRA PEREZ ARANA ENVIAR COMPLETA.pdf*
20 de julio de 1983	30 de noviembre de 1983	II semestre 1983 (fl. 29 a 32 archivo 02)
16 de julio de 1984	14 de diciembre de 1984	fl. 29 a 32 archivo 02
21 de enero de 1985	15 de junio de 1985	fl. 29 a 32 archivo 02
22 de julio de 1985	30 de noviembre de 1985	fl. 29 a 32 archivo 02
15 de febrero de 1986	15 de junio de 1986	fl. 29 a 32 archivo 02
21 de julio de 1986	30 de noviembre de 1986	fl. 29 a 32 archivo 02
26 de enero de 1987	30 de mayo de 1987	fl. 29 a 32 archivo 02
21 de julio de 1987	30 de noviembre de 1987	fl. 29 a 32 archivo 02
1 de febrero de 1988	30 de mayo de 1988	fl. 29 a 32 archivo 02
31 de julio de 1988	1 de diciembre de 1988	II semestre 1988 (fl. 29 a 32 archivo 02)
1 de febrero de 1989	10 de junio de 1989	fl. 29 a 32 archivo 02
17 de julio de 1989	30 de noviembre de 1989	fl. 29 a 32 archivo 02
29 de enero de 1990	16 de junio de 1990	fl. 29 a 32 archivo 02
23 de julio de 1990	30 de noviembre de 1990	fl. 29 a 32 archivo 02
21 de enero de 1991	8 de junio de 1991	fl. 29 a 32 archivo 02
15 de julio de 1991	30 de noviembre de 1991	fl. 29 a 32 archivo 02
3 de febrero de 1992	15 de junio de 1992	fl. 29 a 32 archivo 02
27 de julio de 1992	30 de noviembre de 1992	fl. 29 a 32 archivo 02
8 de febrero de 1993	30 de junio de 1993	fl. 29 a 32 archivo 02

Cabe mencionar, que si bien de las diferentes certificaciones a las que se han hecho mención a lo largo de esta providencia, dan cuenta de lo expuesto en la certificación de 4 de diciembre de 2019, en la que se relacionan los periodos anteriormente detallados (Fls. 29 a 32 archivo 02), también lo es, como viene de verse, que para los periodos 20 de julio de 1981 al 30 de noviembre de 1981, 31 de enero de 1982 al 13 de junio de 1982, 20 de julio de 1983 al 30 de noviembre de 1983 y 31 de julio de 1988 a 1º de diciembre de 1988; solo se determina el semestres sin detallar los extremos efectivamente laborados en cada uno, sin embargo, no puede soslayarse el hecho de que las partes no manifestaron inconformidad al respecto.

Aunado a lo anterior, debe señalarse que tal conclusión se acompasa con lo reseñado por el Alto Tribunal de cierre de esta especialidad, la cual ha establecido, entre otras, en sentencia SL2799-2020, Radicación No. 40455 de 15 de julio de 2020, que en el caso de los profesores de hora cátedra, las instituciones universitarias deben hacer aportes a pensiones durante toda la vigencia de la relación laboral, es decir, por los tiempos que dure el periodo académico para el cual se contratan, más no por aquellos en que no hay prestación efectiva del servicio, y sobre una base no inferior a un SMLMV por cada mes, así el número de horas sea de baja intensidad, ello en virtud de postulados constitucionales como el principio de igualdad y el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas, y los Convenios 100 y 111 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) que promueven la igualdad de oportunidades para todos los trabajadores; luego, no se evidencia que la decisión del *a-quo* sobre el particular sea desacertada.

d. Del Cálculo Actuarial:

Definido como se encuentra que entre las partes existió una relación laboral regida por varios contratos hora catedra en los términos antes referidos, por lo que es obligación de la Universidad demandada pagar los aportes pensionales en beneficio de la demandante por el tiempo de vigencia de la relación laboral, es decir, por los periodos académicos efectivamente laborados, tal como se ha indicado en sentencias SL 361-2018, Radicación No. 46729 de 21 de febrero de 2018 y SL5251-2018, Radicación No. 51280 de 29 de mayo de 2018. Lo que de modo alguno, comporta una carga excesiva como lo señala esa demandada en su alzada, cálculo que por demás debe seguir los lineamientos del Decreto 1887 de 1994, como lo sostuvo el juez de primer grado y se dijo en sentencia SL5261 de 2018.

De cara a lo anterior; el Juez de instancia ordenó a COLPENSIONES que realizara y liquidara el cálculo actuarial a favor de la gestora, a fin que la Universidad convocada a juicio procediera con el pago del mismo, por los periodos antes referidos, comprendidos entre el 20 de julio de 1981 y el 30 de junio de 1993, y teniendo en cuenta como IBC los valores certificados, sin que fuesen inferiores al salario mínimo legal mensual vigente para cada época,

atendiendo los lineamientos del Decreto 1887 de 1994. Sustentó tal decisión aludiendo que, respecto al valor de la hora catedra y el valor devengado mensualmente por tales conceptos, no existía información para todos los periodos, por ende, concluyó que su equivalente corresponde al salario mínimo mensual legal mensual vigente de la época, de acuerdo a la jurisprudencia emanada por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Al respecto, la demandada UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA en su disenso, indica que en caso de mantenerse la declaratoria, respecto de la existencia de los contratos de trabajo previamente referidos, se establezca para efectos del trámite del aludido cálculo, los periodos específicos que estarán regidos por el salario mínimo mensual legal vigente, previendo cualquier inconveniente al respecto.

Acorde con lo anterior, conviene precisar que no se advierte controversia, respecto a que la actora estaba afiliada para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a COLPENSIONES, entidad que le reconoció pensión de vejez mediante Resolución SUB 91857 de 9 de abril de 2018 (Fls. 37 a 46 archivo 02). Además, se encuentra información respecto de la intensidad horario y salario devengado de la actora de la siguiente forma:

No.	DESDE	HASTA	VALOR HORA CÁTEDRA	FOLIOS	INTENSIDAD	FOLIOS
1	20 de julio de 1981	30 de noviembre de 1981	Sin Información		Sin Información	
2	31 de enero de 1982	13 de junio de 1982	Sin Información		Sin Información	
3	1 de febrero de 1983	13 de junio de 1983	Sin Información		Sin Información	

No.	DESDE	HASTA	VALOR HORA CÁTEDRA	FOLIOS	INTENSIDAD	FOLIOS
4	20 de julio de 1983	30 de noviembre de 1983	Sin Información		Sin Información	
5	16 de julio de 1984	14 de diciembre de 1984	$ 500,00	fl. 29 a 32 archivo 02	Sin Información	
6	21 de enero de 1985	15 de junio de 1985	$ 600,00	fl. 29 a 32 archivo 02	Sin Información	
7	22 de julio de 1985	30 de noviembre de 1985	$ 600,00	fl. 29 a 32 archivo 02	Sin Información	
8	15 de febrero de 1986	15 de junio de 1986	$ 750,00	fl. 29 a 32 archivo 02	Sin Información	
9	21 de julio de 1986	30 de noviembre de 1986	$ 750,00	fl. 29 a 32 archivo 02	Sin Información	
10	26 de enero de 1987	30 de mayo de 1987	$ 900,00	fl. 29 a 32 archivo 02	Sin Información	
11	21 de julio de 1987	30 de noviembre de 1987	$ 900,00	fl. 29 a 32 archivo 02	Sin Información	
12	1 de febrero de 1988	30 de mayo de 1988	$ 1.100,00	fl. 29 a 32 archivo 02	Sin Información	
13	31 de julio de 1988	1 de diciembre de 1988	$ 1.100,00	fl. 29 a 32 archivo 02	Sin Información	
14	1 de febrero de 1989	10 de junio de 1989	$ 1.400,00	fl. 29 a 32 archivo 02	Sin Información	
15	17 de julio de 1989	30 de noviembre de 1989	$ 1.400,00	fl. 29 a 32 archivo 02	Sin Información	
16	29 de enero de 1990	16 de junio de 1990	$ 1.800,00	fl. 29 a 32 archivo 02	Sin Información	
17	23 de julio de 1990	30 de noviembre de 1990	$ 1.800,00	fl. 29 a 32 archivo 02	Sin Información	
18	21 de enero de 1991	8 de junio de 1991	$ 2.350,00	fl. 29 a 32 archivo 02	Sin Información	
19	15 de julio de 1991	30 de noviembre de 1991	$ 2.350,00	fl. 29 a 32 archivo 02	Sin Información	
20	3 de febrero de 1992	15 de junio de 1992	$ 3.000,00	fl. 29 a 32 archivo 02	Sin Información	
21	27 de julio de 1992	30 de noviembre de 1992	$ 3.000,00	fl. 29 a 32 archivo 02	16 horas/sem	fl. 29 a 32 archivo 02
22	8 de febrero de 1993	30 de junio de 1993	$ 4.000,00	fl. 29 a 32 archivo 02	32 horas /sem	fl. 29 a 32 archivo 02

De la anterior información, se observa que si bien la certificación expedida el 4 de diciembre de 2019, establece del 16 de julio de 1984 al 30 de junio de 1993 el valor de la hora catedra, al igual que la intensidad para los dos últimos periodos que se relacionaron, lo cierto es, que frente a esa intensidad horaria semanal también se precisa que se pagaba por hora efectivamente dictada, de modo tal, que si bien se establece un máximo de horas a cargo, no se indica con precisión cuantas horas efectivamente laboró a demandante. (Fls. 29 a 32 archivo 02). Adicionalmente, cabe recordar que el Representante Legal del claustro universitario demandada indicó que en los contratos de hora catedra, siempre los tiempos eran inferiores a 24 horas a la semana, lo que tampoco concuerda con la poca información suministrada al respecto, lo que impide

determinar el valor total devengado en cada mensualidad, durante las diferentes relaciones laborarles que sostuvo la demandada con esa accionada.

Sobre el asunto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2799-2020, Radicación No. 40455 de 15 de julio de 2020, dijo:

> *"Ahora, respecto del segundo asunto, como lo aduce la censura, la Corte advierte que es equivocada la conclusión del juez plural en cuanto a que la cotización de los profesores hora cátedra al sistema de seguridad social debe hacerse conforme al número de horas laboradas, pues desconoció la regulación de seguridad social para este tipo de vinculaciones y, además, pasó por alto postulados de la Constitución Política de 1991, tales como el principio de igualdad -artículo 13- y el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas -artículo 25-, de modo que en dichos casos el pago de cotizaciones debe hacerse por la totalidad del periodo académico, así el docente labore por horas y no devengue un salario mínimo legal mensual vigente.*
>
> *"En efecto, las disposiciones del sistema de seguridad social han dispuesto que la cotización al sistema de pensiones debe realizarse por cada mensualidad y sobre una base que no puede ser inferior al salario mínimo legal. Por tanto, así los profesores de hora cátedra laboran menos de una jornada de trabajo, los aportes deben efectuarse bajo tales parámetros mínimos establecidos en la legislación.*
>
> *"Nótese que desde antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 el sistema de seguridad social ya había previsto que cuando un trabajador devengare una remuneración inferior al salario mínimo legal vigente, las cotizaciones debían computarse sobre la base de dicho mínimo -artículo 60 del Decreto 433 de 1971-. Asimismo, el artículo 21 del Decreto 3063 de 1989 que aprobó el Acuerdo 044 de la misma anualidad, estableció que salvo las excepciones para el servicio doméstico y las consagradas en los reglamentos, los aportes no podían liquidarse sobre un salario inferior al mínimo legal."*
>
> *"[…]*
>
> *"Conforme lo anterior, en el caso de los profesores de hora cátedra, cuya vinculación debe hacerse imperativamente a través de contrato de trabajo con las instituciones universitarias por el periodo académico (CC C-006-1996 y C-517-1999), los aportes deben realizarse por dicho tiempo mes a mes y sobre una base no inferior al salario mínimo legal mensual vigente, pues, se reitera, independientemente de que no presten servicios en una jornada completa de trabajo, lo cierto es que no están exonerados por la ley para efectuar los aportes sobre esas condiciones mínimas previstas por el legislador."*
>
> *"[…]*

> *"En síntesis, las instituciones universitarias deben hacer aportes a pensiones por los profesores de hora cátedra durante toda la vigencia de la relación laboral, es decir, por los tiempos que dure el periodo académico para el cual son contratados, mas no por los tiempos en que no hay prestación efectiva del servicio, y sobre una base en ningún caso inferior a un salario mínimo legal mensual vigente por cada mes, así el número de horas sea de baja intensidad."* (Subrayado fuera de texto).

De lo expuesto, palmario es que ante la falta de información frente a los valores devengados mensualmente por la actora en las diferentes vinculaciones que sostuvo con la universidad demandada entre el 20 de julio de 1981 al 30 de junio de 1993, pues recuérdese que el representante legal de la Universidad expuso en el interrogatorio de parte que depuso que llevar tal control en aquella época era complicado, de ahí, que lo procedente es establecer que para cada mes en los periodos anteriormente aludidos devengó el salario mínimo mensual legal vigente para cada anualidad, monto que debe ser tenido en cuenta por COLPENSIONES a efectos de realizar el respectivo cálculo pensional, el cual se reitera deberá ser sufragado por la Universidad en la primera oportunidad de pago como lo señaló el juez de primer grado, en consecuencia, se modificará el numeral cuarto de la sentencia objeto de censura, a efecto de precisar lo aquí mencionado sobre el salario devengado en cada mensualidad por la demandante.

Es de mencionar, que respecto al cálculo actuarial ordenado al claustro educativo, no se ve afectado por el fenómeno prescriptivo, ya que al tratarse de aportes pensionales omitidos por parte del empleador que se constituyen como elementos fundamentales para la financiación y consolidación del derecho pensional, no resulta dable aplicar la prescripción sobre el derecho como tal sino tan solo sobre las mesadas o eventuales reajustes dejados de cobrar oportunamente, tal como lo precisó la CSJ-SL sentencia CSJ SL738-2018.

e. De la Reliquidación Pensional:

Pretende la demandante que como consecuencia de la prosperidad de la declaratoria de las relaciones laborales a las que aquí se hizo mención y a la orden de pago del cálculo ordenado a efectos de incluir los periodos

académicos efectivamente laborados en su historia laboral, se condene a COLPENSIONES a reliquidar la pensión de vejez que le reconoció, de conformidad con lo establecido en el Decreto 758 de 1990, por ser beneficiaria del régimen de transición, aplicando una tasa de reemplazo del 90% al promedio laboral de toda la vida.

Sobre el asunto, se memora que el Juez de instancia declaró probada la excepción de petición antes de tiempo respecto a la reliquidación, aduciendo que solo hasta que se realice el pago del cálculo actuarial, COLPENSIONES podrá decidir tal pedimento, sobre el cual la demandante insiste en su alzada, solicitando se ordene a dicha demandada reliquidar la pensión, teniendo en cuenta que una vez se realice el pago del cálculo actuarial es evidente que se cumplirá el requisito de la densidad de semanas necesarias para acceder al régimen de transición, y en esa medida será clara la obligación de reliquidar la pensión de acuerdo al Decreto 758 de 1990, así como va a ser claro aplicar al IBL sobre una tasa de reemplazo del 90%.

Ahora bien, no fue objeto de controversia que la actora se encontraba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, desde el 20 de diciembre de 1972, según la Historia Laboral que se allega en el expediente administrativo actualizada a 2 de agosto de 2021 y que fuera aportada por la citada demandada (carpeta 13). Además, se encuentra probado que COLPENSIONES le reconoció pensión de vejez, a través de la Resolución SUB 91857 de 9 de abril de 2018, a partir del 1º de abril de 2018, de acuerdo a lo normado en la Ley 797 de 2003, en cuantía inicial de $1.196.387, teniendo en cuenta un total de 1,359 semanas cotizadas entre el 20 de diciembre de 1972 al 28 de febrero de 2018. (Fls. 37 a 46 archivo 02).

De la misma forma, que conforme a la copia de la cédula de ciudadanía de la actora (Fl. 1 archivo 02), para el 1º de abril de 1994 tenía más de 35 años, más exactamente 47 años, ya que su fecha de alumbramiento fue el 1º de octubre de 1946, por lo que en principio es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, conforme lo preceptuado en el Acuerdo 049 de 1990. Sin embargo, dicho régimen no podía extenderse más allá del 31 de julio de 2010, por virtud del parágrafo transitorio 4º del Acto

Legislativo 01 de 2005, excepto para quienes estando en dicho régimen hubieran cotizado al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigor de dicho Acto Legislativo, en cuyo caso se extiende hasta el año 2014.

A su turno, el artículo 12 del referido Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, prevé la pensión de vejez, para el caso de las mujeres, cuando cumplan 55 años y acrediten 500 semanas cotizadas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima, o, 1000 en cualquier tiempo.

Así pues, alega la demandante que solicitó la corrección de su Historia Laboral a COLPENSIONES el 15 de marzo de 2019 por periodos faltantes comprendidos entre el 20 de julio de 1981 y el 30 de junio de 1993, a cargo de la demandada UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, solicitud que fue denegada mediante comunicación adiada el 19 de junio de 2019, al no encontrar registro de cotizaciones en ese interregno de tiempo.

Adicionalmente, solicitó el 30 de julio de 2019 la reliquidación de pensión de vejez, en consideración de las semanas dejadas de cotizar por parte de la Universidad y la aplicación del régimen de transición, la que igualmente fue negada mediante Resolución SUB 233359 de 28 de agosto de 2019, en tanto, no cuenta con el número necesario de semanas cotizadas para conservarlo (Fls. 53 a 73 archivo 02 y expediente administrativo carpeta 13).

Acotado lo anterior, se observa de la Historia Laboral que se encuentra en la carpeta No. 13 del expediente digital, que la actora alcanzó un total de 1368,54 semanas cotizadas entre el 20 de diciembre de 1972 y el 30 de abril de 2018. De otro lado, en atención a la declaratoria de los contratos previamente aludidos, se tiene que alcanza la siguiente densidad de semanas entre el 20 de julio de 1981 y el 30 de junio de 1993, con la demandada UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA:

No.	DESDE	HASTA	DIAS	SEMANAS	PERIODOS SIMULTÁNEOS A DESCONTAR
1	20 de julio de 1981	30 de noviembre de 1981	131	18,71	
2	31 de enero de 1982	13 de junio de 1982	134	19,14	
3	1 de febrero de 1983	13 de junio de 1983	133	19,00	14,71
4	20 de julio de 1983	30 de noviembre de 1983	131	18,71	
5	16 de julio de 1984	14 de diciembre de 1984	149	21,29	
6	21 de enero de 1985	15 de junio de 1985	145	20,71	
7	22 de julio de 1985	30 de noviembre de 1985	129	18,43	
8	15 de febrero de 1986	15 de junio de 1986	121	17,29	
9	21 de julio de 1986	30 de noviembre de 1986	130	18,57	
10	26 de enero de 1987	30 de mayo de 1987	125	17,86	
11	21 de julio de 1987	30 de noviembre de 1987	130	18,57	
12	1 de febrero de 1988	30 de mayo de 1988	120	17,14	
13	31 de julio de 1988	1 de diciembre de 1988	122	17,43	
14	1 de febrero de 1989	10 de junio de 1989	130	18,57	
15	17 de julio de 1989	30 de noviembre de 1989	134	19,14	7,43
16	29 de enero de 1990	16 de junio de 1990	138	19,71	10,57
17	23 de julio de 1990	30 de noviembre de 1990	128	18,29	18,29
18	21 de enero de 1991	8 de junio de 1991	138	19,71	19,71
19	15 de julio de 1991	30 de noviembre de 1991	136	19,43	19,43
20	3 de febrero de 1992	15 de junio de 1992	133	19,00	19,00
21	27 de julio de 1992	30 de noviembre de 1992	124	17,71	
22	8 de febrero de 1993	30 de junio de 1993	143	20,43	
				414,86	**109,14**

Bajo este escenario, se advierte que la demandante alcanza un cúmulo de 414,86 semanas en los diferentes periodos laborados con la Universidad encartada como viene de verse, entre 1981 y 1993, empero, al verificar la Historia Laboral actualizada a 2 de agosto de 2021 (Carpeta 13 - expediente administrativo), se encuentra que 109,14 semanas, corresponden a periodos cotizados de forma simultánea con otros empleadores; de esa forma, al realizar la contabilización correspondiente se obtiene un total de 305,71 semanas en los mencionados periodos académicos a tener en cuenta por el empleador UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA.

Siendo ello así, al cumplir la demandante la edad exigida el 1º de octubre de 2001, pues se reitera, nació el mismo día y mes del año 1946, y al confrontar los tiempos cotizados, incluyendo los periodos comprendidos entre el 20 de julio de 1981 y el 30 de junio de 1993, con el empleador UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, se tiene que el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, para la demandante se extendió hasta el 31 de julio de 2010, por tanto, para la fecha del cumplimiento de la edad ya cumplía con

la densidad de semanas requeridas por artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, esto es, más 500 semanas de en los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, pues al sumar las 449,08 que se reportan en la Historia Laboral en comento, entre el 1º de marzo de 1983 y el 30 de septiembre de 2001, junto con las 305,71 a las que se hizo mención anteriormente, se obtiene un total de 754,79 semanas cotizadas en los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad.

Así las cosas, se concluye que la aquí demandante es beneficiaria del régimen de transición, y por consiguiente merecedora de la pensión en los términos del Decreto 758 de 1990 que reguló el Acuerdo 049 de 1990, prestación a la cual es posible aplicar una tasa de reemplazo del 90% de acuerdo a lo reglado en el parágrafo 2º del artículo 20 del citado Decreto, sobre el I.B.C. de toda la vida, como se depreca en la demanda, al obtener un total de semanas superior a 1250, según lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

Es de mencionar que el reconocimiento pensional procede a partir de la desafiliación del Sistema, en los términos del artículo 13 *ejusdem*; en consecuencia, al avizorarse de la Historia Laboral actualizada a 2 de agosto de 2021, que la última cotización de la demandante data del 30 de abril de 2018 y no del 30 de marzo de ese mismo año, como se determinó en las Resoluciones SUB 91857 de 2018 y SUB 233359 de 2019 que reconocieron y reliquidaron la pensión de vejez a la demandante, a partir del 1º de abril de 2018, en la medida que para esa calenda la última cotización que se hallaba era del mes de marzo de 2018.

Así las cosas, imperativo resulta precisar que la pensión de vejez aquí analizada será reconocida a partir del 1º de mayo de 2018, en cuantía inicial de $1.483.194. 41, rubro que se obtiene después de realizar las siguientes operaciones, como pasa a verse:

Cálculo Toda la vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
1972	12	0,140	96,92	692,286	$ 930,00	$ 643.825,71	$ 257.530,29
1973	365	0,160	96,92	605,750	$ 930,00	$ 563.347,50	$ 6.854.061,25
1974	121	0,190	96,92	510,105	$ 930,00	$ 474.397,89	$ 1.913.404,84
1981	134	0,900	96,92	107,689	$ 5.700,00	$ 613.826,67	$ 2.741.759,11
1982	134	1,140	96,92	85,018	$ 7.410,00	$ 629.980,00	$ 2.813.910,67
1983	286	1,410	96,92	68,738	$ 12.109,40	$ 832.370,62	$ 7.935.266,57
1984	152	1,650	96,92	58,739	$ 11.298,00	$ 663.637,67	$ 3.362.430,88
1985	278	1,950	96,92	49,703	$ 13.557,60	$ 673.847,48	$ 6.244.320,01
1986	254	2,380	96,92	40,723	$ 16.811,40	$ 684.605,42	$ 5.796.325,85
1987	258	2,880	96,92	33,653	$ 20.509,80	$ 690.211,74	$ 5.935.820,98
1988	244	3,580	96,92	27,073	$ 25.637,40	$ 694.071,73	$ 5.645.116,77
1989	273	4,580	96,92	21,162	$ 42.214,44	$ 893.323,92	$ 8.129.247,67
1990	337	5,780	96,92	16,768	$ 87.724,14	$ 1.470.972,99	$ 16.523.929,93
1991	365	7,650	96,92	12,669	$ 115.682,08	$ 1.465.608,85	$ 17.831.574,29
1992	305	9,700	96,92	9,992	$ 127.138,48	$ 1.270.336,22	$ 12.915.084,92
1993	228	12,140	96,92	7,984	$ 84.328,42	$ 673.238,10	$ 5.116.609,58
1994	213	14,890	96,92	6,509	$ 130.541,45	$ 849.702,98	$ 6.032.891,17
1996	180	21,800	96,92	4,446	$ 284.375,00	$ 1.264.294,72	$ 7.585.768,35
1997	323	26,520	96,92	3,655	$ 339.337,46	$ 1.240.142,79	$ 13.352.204,02
1998	358	31,210	96,92	3,105	$ 264.818,44	$ 822.371,12	$ 9.813.628,75
1999	358	36,420	96,92	2,661	$ 236.460,00	$ 629.261,48	$ 7.509.187,03
2000	357	39,790	96,92	2,436	$ 1.166.951,54	$ 2.842.446,43	$ 33.825.112,48
2001	360	43,270	96,92	2,240	$ 1.015.025,00	$ 2.273.543,40	$ 27.282.520,82
2002	360	46,580	96,92	2,081	$ 1.564.869,44	$ 3.256.057,25	$ 39.072.686,96
2003	360	49,830	96,92	1,945	$ 1.949.944,44	$ 3.792.667,38	$ 45.512.008,56
2004	360	53,070	96,92	1,826	$ 1.571.000,00	$ 2.869.065,76	$ 34.428.789,15
2005	360	55,990	96,92	1,731	$ 2.373.416,67	$ 4.108.439,78	$ 49.301.277,37
2006	360	58,700	96,92	1,651	$ 1.808.597,22	$ 2.986.188,12	$ 35.834.257,47
2007	338	61,330	96,92	1,580	$ 1.717.426,04	$ 2.714.053,99	$ 30.578.341,65
2008	360	64,820	96,92	1,495	$ 2.396.686,67	$ 3.583.567,91	$ 43.002.814,88
2009	360	69,800	96,92	1,389	$ 681.819,44	$ 946.732,67	$ 11.360.792,07
2010	360	71,200	96,92	1,361	$ 719.666,67	$ 979.636,14	$ 11.755.633,71
2011	360	73,450	96,92	1,320	$ 870.833,33	$ 1.149.096,89	$ 13.789.162,70
2012	348	76,190	96,92	1,272	$ 953.448,28	$ 1.212.865,30	$ 14.069.237,43
2013	360	78,050	96,92	1,242	$ 1.150.000,00	$ 1.428.033,31	$ 17.136.399,74
2014	360	79,560	96,92	1,218	$ 1.283.333,33	$ 1.563.356,80	$ 18.760.281,55
2015	360	82,470	96,92	1,175	$ 1.354.166,67	$ 1.591.437,29	$ 19.097.247,48
2016	360	88,050	96,92	1,101	$ 1.474.000,00	$ 1.622.488,13	$ 19.469.857,58
2017	360	93,110	96,92	1,041	$ 1.579.000,00	$ 1.643.611,64	$ 19.723.339,71
2018	120	96,920	96,92	1,000	$ 1.665.000,00	$ 1.665.000,00	$ 6.660.000,00
Total días	11741			Total devengado actualizado a:		2018	$ 644.969.834,24
Total semanas	1677,29					Ingreso Base Liquidación	$ 1.647.993,78
Total Años	30,13					Porcentaje aplicado	90%
						Primera mesada	$ 1.483.194,41
				Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año		2018	$ 781.242,00

En otro giro, y debido a que la prestación de la demandante es inferior a 3 S.M.L.M.V. y se causó con anterioridad al 31 de julio de 2011, le asiste el derecho a 14 mesadas pensionales conforme lo dispone el Parágrafo 6º Transitorio del Acto Legislativo 01 de 2005.

En consecuencia, se condenará a la demandada COLPENSIONES a reconocer y pagar a la demandante la pensión de vejez, de acuerdo a lo normado en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 reglamentado por el Decreto 758 de 1990, a partir del 1º de mayo de 2018 en suma inicial de $1.483.194,41, a razón de 14 mesadas anuales; lo cual deberá efectuar una vez la demandada UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA acredite el pago del cálculo

actuarial dispuesto en el presente trámite procesal. Además, COLPENSIONES deberá pagar a la gestora las diferencias sobre las mesadas pensionales que se causen entre la reconocida en inicio mediante resoluciones SUB 91857 de 2018 y SUB 233359 de 2019; y la que aquí se determina, sumas que deberán ser indexadas desde su reconocimiento hasta que efectivamente se paguen.

Asimismo, COLPENSIONES podrá descontar de las diferencias generadas por mesadas pensionales entre la reconocida en inicio y la que aquí se establece, lo que corresponda a la mesada que pagó a la actora por el mes de abril de 2018 y lo correspondiente a los aportes en salud a que haya lugar, pues así lo preceptúa la Ley 100 de 1993.

Por último, en lo que atañe al fenómeno prescriptivo, se aprecia que el mismo no se configuró de conformidad con lo establecido en los artículos 151 del C.P.T. y de la S.S. en concordancia con los artículos 488 y 489 del C.S.T., pues la pensión de vejez fue reconocida a partir del 1º de mayo de 2018 y la reclamación en la que se solicitó la reliquidación se elevó el 30 de julio de 2019 (Fls. 62 a 63 archivo 02), y la demanda se impetró el 25 de marzo de 2021 (Archivo 03). Por tanto se declara no probada la excepción de Prescripción respecto de las diferencias pensionales causadas.

COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ,** administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR PARCIALMENTE el numeral cuarto de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá el 24 de

mayo de 2022, en el sentido precisar que el I.B.C. a tener en cuenta en los diferentes contratos de trabajo que se indicaron en el numeral primero del resuelve de la sentencia de primera instancia, corresponden al salario mínimo mensual legal vigente para cada anualidad.

SEGUNDO: REVOCAR Y ADICIONAR PARCIALMENTE el numeral sexto de la sentencia de primera instancia que declaró probada la excepción de petición antes de tiempo, respecto de la pretensión de reliquidación de la pensión de vejez, en consecuencia se dispone:

a) **DECLARAR** que la demandante es beneficiaria del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993.

b) **CONDENAR** a la demandada COLPENSIONES a reconocer y pagar a la actora la pensión de vejez, de acuerdo a lo normado en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 reglamentado por el Decreto 758 de 1990, a partir del 1º de mayo de 2018 en suma inicial de $1.483.194,41, a razón de 14 mesadas anuales; lo cual deberá efectuar una vez la demandada UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA acredite el pago del cálculo actuarial ordenado en la sentencia de primer grado, de acuerdo con las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

c) **CONDENAR** a la demandada COLPENSIONES a pagar a la demandante las diferencias sobre las mesadas pensionales que se causen entre prestación de pensional de vejez reconocida inicialmente y la que se determina en el literal anterior; sumas que deberán ser indexadas desde su reconocimiento hasta que efectivamente se paguen, conforme se indicó en la parte motiva de esta sentencia.

d) **AUTORIZAR** a COLPENSIONES a que descuente sobre las sumas que reconozca por diferencias pensionales e indexación, lo correspondiente a la mesada que pagó a la actora por el mes de abril de 2018 y los aportes en salud a que haya lugar, de acuerdo con lo señalado en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primer grado, por las razones aquí expuestas.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA y a favor de la demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN **CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR**
Magistrado **Magistrado**

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

AGENCIAS EN DERECHO: se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de $1.000.000, a cargo de la demandada UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, el cual deberá ser incluido en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **41 2021 00226 01**
Demandante:	ADRIANA LUCÍA VERGARA ESCOBAR
Demandados:	COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., en contra de la sentencia proferida el 15 de julio de 2022 por el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá.

De igual manera, el presente proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora ADRIANA LUCÍA VERGARA ESCOBAR promovió demanda ordinaria en contra de COLPENSIONES y POPRVENIR S.A., a fin de declararse la nulidad o ineficacia de la afiliación en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por presentarse vicios en el consentimiento al haber sido víctima de engaño por parte de PORVENIR S.A., pues no se le efectuó la correspondiente asesoría de acuerdo con la realidad de su situación pensional, valiéndose de informaciones falsas, faltas de claridad y engaños; de allí que tenga derecho a permanecer en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida

administrado por COLPENSIONES, entidad quien debe administrar sus contingencias y decidir acerca de su derecho pensional.

Por consiguiente, se le condene a PORVENIR S.A. trasladar en el menor tiempo posible los aportes y todo el dinero que se encuentra en su cuenta de ahorro individual, así como que se le condene a COLPENSIONES recibir el traslado de los aportes obtenidos en el régimen privado, junto con la actualización de su historia laboral una vez reciba los aportes y demás dineros trasladados por PORVENIR S.A.

Igualmente, se les condene a las encartadas al pago de costas procesales y lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 12 de agosto de 1967, afiliándose al Régimen de Prima Media con Prestación Definida el 2 de diciembre de 1986.

Que conoció información relacionada con las administradoras pensionales del régimen privado en su lugar de trabajo precisamente por asesores de PORVENIR S.A., poniendo de presente que la persona quien la asesoró al momento del traslado no suministró una información real y completa sobre el traslado que iba a realizar, manifestándosele que el ISS se extinguiría.

Al unísono, sostuvo que tampoco fue advertida sobre las ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales, por el contrario, se le indicó que como AFP sería la opción viable y única que podría darle una mejor tasa de reemplazo en el momento de pensionarse, entre otros aspectos de desinformación.

1.3 CONTESTACIONES DE LA DEMANDA:

PORVENIR S.A. contestó la demanda con oposición a las pretensiones, bajo el argumento que la afiliación de la aquí demandante se llevó a cabo de manera libre, voluntaria y sin presiones luego de haber sido amplia y oportunamente

informada sobre el funcionamiento del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y de sus condiciones pensionales, según da cuenta el correspondiente formulario de afiliación, sumado a que la actora tuvo traslados horizontales con la antigua HORIZONTE.

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

COLPENSIONES por su parte adujo que la afiliación de la demandante en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad fue válida, pues se llevó a cabo de manera libre, voluntaria y sin presiones, máxime si en el plenario no se encuentra probado algún vicio en su consentimiento que conlleve a la prosperidad de sus súplicas, además que, debe garantizársele el principio de sostenibilidad financiera.

Formuló como medios exceptivos los denominados la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en casos de ineficacia de traslados de régimen, responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, aplicabilidad de la sentencia SL373 de 2021 a quienes acrediten un derecho consolidado en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y la innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 15 de julio de 2022 resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado realizado por **ADRIANA LUCIA VERGARA** del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.*

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

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

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

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

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

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

Para arribar a dicha conclusión, el operador de instancia manifestó que conforme lo adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en lo que atañe a la carga de la prueba es a PORVENIR S.A. a quien le corresponde demostrar a través de los diferentes medios probatorios que cumplió con el deber informar y asesorar a la actora como requisito esencial para la validez del acto jurídico de traslado, aspecto que no lo auscultó en tanto no se probó una asesoría suficiente y objetiva para con la demandante en atención a su situación pensional, puesto que si bien se allegó al proceso el formulario de afiliación suscrito por la actora, esa situación no puede entenderse como una información ajustada a derecho.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión PORVENIR S.A. la apeló. En la alzada manifestó que el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad fue eficaz y válido ya que los asesores del entonces le suministraron una asesoría detallada, sumado a que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9º del Código Civil, la ignorancia de las leyes no puede entenderse como una excusa.

Que el formulario de afiliación es un documento público que se presume autentico según los artículos 243 y 244 del C.G.P., junto con el Parágrafo del artículo 54 A del C.P.T. y de la S.S., además que demuestra que la selección del régimen fue libre, voluntaria y sin presiones, sin que el mismo tampoco se tachara de falso. Indicó que a la demandante expuso en su interrogatorio de parte que no se presentaron dudas a lo largo de su vinculación, presentando la demanda por una mera expectativa económica y no por una supuesta ausencia de información. Adujo que para el año 1994 no se exigía adelantar una descripción de la información suministrada más allá del formulario de afiliación.

De otra parte, encontró inconformidad en la condena impuesta sobre la devolución de los gastos de administración, en la medida que según lo preceptuado en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida también se destina un 3% de la cotización para este concepto, porcentaje que no es parte íntegra de la pensión de vejez y por ende se encuentra sujeto a la prescripción de que trata el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., más aún que al trasladarse dichos rubros con destino a COLPENSIONES, sobre ésta última recaería un enriquecimiento sin causa como quiera que el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 puntualiza cuáles son las contingencias que se deben trasladar cuando existe el cambio de régimen pensional.

Por último, mencionó que en el hipotético caso de que se ordene la devolución de las contingencias totales que reposan en la cuenta de ahorro individual de la demandante las condenas deben compensarse, en especial los gastos de administración, primas de seguros y las indexaciones a cualquier título, junto con los rendimientos financieros que exceden de los mínimos establecidos en la Ley.

COLPENSIONES argumentó en su alzada que el operador de instancia al momento de proferir sentencia no tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica, bajo el entendido que es un tercero ajeno a los actos jurídicos celebrados por la demandante y PORVENIR S.A., de allí que con ocasión de dicha decisión no se le puede perjudicar puesto que nada tuvo que ver frente a la decisión de traslado de la actora, y de declararse la afiliación se afectaría

el equilibrio financiero del sistema de seguridad social en pensiones en los términos del artículo 48 Constitucional. Asimismo, que la demandante en la actualidad se encuentra inmersa en la prohibición de cambio de régimen pensional a la luz de la Ley 797 de 2003.

Por último, indicó que en caso de prosperar la decisión de primera instancia, se le deberá pagar por parte de PORVENIR S.A. perjuicios económicos a razón de la teoría del daño.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional que realizó la demandante.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por

las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *"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".

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *"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 en 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. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto",* criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

> *"[…] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante".*

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

"Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que 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 ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, o si se trasladó de manera horizontal, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportaron los formularios que suscribiera la demandante con la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. y con la misma PORVENIR S.A. de fechas 25 de octubre de 1994, 3 de marzo de 1997 y 10 de noviembre de 2004 respectivamente (Fls. 95 a 97 – PDF 12 C0NTESTACIÓN PORVENIR S.A.), en los cuales se refiere que la decisión es libre y voluntaria, no obstante, la Corte Suprema de Justicia ha sido reiterativa en indicar que no es prueba suficiente para afirmar que se le suministró al afiliado la información oportuna y veraz; así lo establece en la sentencia de tutela anteriormente citada: *"desde la sentencia CSJ SL, 09 Sep 2008, rad. 31989, la sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como <<la afiliación se hace libre y voluntaria>>, <<se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones>> u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado.*

De otro lado, en el interrogatorio de parte a la demandante tampoco se colige que haya confesado haber sido correctamente informada; por el contrario, lo

que expresó fue que en la entidad financiera donde laboraba para el momento de la primera afiliación, fue el mismo empleador quien le suministrara el formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, aspecto que resulta palmario que ni si quiera fue advertido por algún asesor de la entonces AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. acerca de las ventajas y desventajas de cada régimen pensional, como tampoco sus diferencias.

Ahora bien, tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *"la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:*

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información**	**Contenido mínimo y alcance del deber de información**
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le

		conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa No. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado al actor para el año 1994, una *"Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*".

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón a la falladora de instancia al declarar la ineficacia del traslado, dado que la AFP no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen.

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración, aspecto objeto de inconformidad de la demandada COLPENSIONES en su disenso, se memora que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló al respecto:

> *"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."*

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

> *"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 COLFONDOSS.A. Deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales".*

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión, luego, acorde con tales consideraciones resultan imprósperos los argumentos esbozados por PORVENIR S.A.

Respecto a una posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera, al que alude COLPENSIONES en su apelación, debe indicarse que, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha señalado sobre el particular:

> *"Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».*
>
> *"Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por COLPENSIONES, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas*

es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

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

En igual sentir, en sentencia SL 1440 del 2021, se estipuló y dejo sentada la línea jurisprudencial de la siguiente manera:

"Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que PORVENIR S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a COLPENSIONES, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.

"Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

"En esa línea, esta Sala de casación ha insistido en el traslado de los gastos de administración como efecto de la ineficacia, así se señaló en la sentencia CSJ SL 2877-2020:

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

"Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.

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

"En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a COLPENSIONES de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional."

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiara, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas del accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión,

independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *"la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible […] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción".*

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se predica de la pretensión consecuencial de la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

> *"Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada PORVENIR S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020).*
>
> *"De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de PORVENIR S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.*

Lo anterior conlleva a su vez, que no goce de prosperidad los perjuicios perseguidos por COLPENSIONES, en el entendido que precisamente al declararse la ineficacia del traslado, junto con la devolución de las contingencias ya referidas, se suple cualquier aspecto económico para un posible reconocimiento prestacional a favor de la demandante.

Así las cosas, se adicionará y modificará la orden emitida en primera instancia, recogiendo cualquier criterio expuesto con anterioridad sobre el particular.

SIN COSTAS en esta instancia.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA 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: ADICIONAR Y MODIFICAR los numerales primero, segundo y tercero de la sentencia proferida el 15 de julio de 2022 por el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, a fin de disponer:

SEGUNDO: DEJAR SIN EFECTOS la afiliación efectuada y en consecuencia **CONDENAR** a la demandada PORVENIR S.A., a que transfiera todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto a las sumas correspondientes rendimientos y comisiones por administración indexados a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES). La citada AFP también deberá devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

De la misma forma, deberá proceder la demandada PORVENIR S.A. frente a la devolución a COLPENSIONES de los gastos de administración de los aportes efectuados por el demandante mientras estuvo afiliado a esa administradora, conforme se indicó en el numeral tercero de la sentencia de primer grado.

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

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN **CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR**
Magistrado **Magistrado**

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