



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

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada Ponente

REFERENCIA:	PROCESO ORDINARIO LABORAL - SENTENCIA
RADICACIÓN.	11001 31 05 021 2021 00049 01
DEMANDANTE:	CLAUDIA ELENA ROLDÁN ECHEVERRI
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES

Bogotá DC, treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 10 de febrero de 2022, por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende la demandante, que se condene a la demandada a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes en su calidad de compañera permanente del causante Fernando de Jesús Trujillo Correa a partir del 5 de julio de 2019, de conformidad con la sentencia SU005-18 y en concordancia con lo establecido en el Decreto 758 de 1990, junto con los intereses moratorios previstos en el art. 141 de la Ley 100 de 1993 y la actualización de las sumas adeudadas de conformidad con la certificación expedida por el DANE.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, manifestó que Fernando de Jesús Trujillo Correa nació el 30 de abril de 1953, por lo que al 1° de abril de 1994, contaba con más de 40 años; que el causante cotizó 473 semanas y convivió con ella desde el 13 de octubre de 1984 hasta el 5 de julio

de 2019; que de dicha unión nació su hija Catalina Trujillo Roldán; que el afiliado falleció el 5 de julio de 2019; que solicitó el reconocimiento de la prestación, la cual fue negada por la entidad demandada (Pág. 2 a 11, archivo 1).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda se admitió el 17 de junio de 2021, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (archivo 4).

La **Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones**, se opuso a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra con fundamento en que la parte demandante no cumple con el requisito de semanas establecido en la Ley 797 de 2003, ya que para el momento de fallecimiento el causante contaba con 0 semanas, no cumpliendo con el requisito de 50 semanas en los últimos tres años, igualmente no acreditó los requisitos para que le sea aplicada la condición más beneficiosa, en este caso, de acuerdo con la norma anterior contenida en la Ley 100 de 1993, que exige 26 semanas en toda la vida laboral para el cotizante activo al momento del fallecimiento, o 26 semanas en el último año para el cotizante inactivo, toda vez que acredita 0 semanas al momento del fallecimiento siendo su última cotización en agosto de 1995, de conformidad a lo establecido en las sentencias SL1938-2020, SL2358-2017 y SL4009-2019. Propuso las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho al pago del IPC, ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público (pág. 3 a 16, archivo 8).

La **Agencia Nacional de Defensa Jurídica el Estado**, guardó silencio (archivo 6).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 10 de febrero de 2022, declaró probadas las excepciones de inexistencia del derecho reclamado y cobro de lo no debido y absolvió a Colpensiones de las pretensiones incoadas en su contra (archivo 13).

Consideró la juez de primer grado que en el presente caso el afiliado no había dejado causada la pensión de sobrevivientes, pues no cotizó ni una sola semana en los tres años anteriores al fallecimiento de acuerdo con lo previsto en el art. 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 12 de la Ley 797 de 2003; y a su vez, tampoco se configuraban los presupuestos para aplicar la norma anterior esto es la Ley General de Seguridad Social en su versión original, en virtud de la aplicación del principio de la condición más beneficiosa en la medida en que el causante no falleció entre 29 de enero del 2003 y el 29 de enero del 2006, sin que fuera dable recurrir a la aplicación de lo previsto en el Acuerdo 049 de 1990, en los términos explicados en el criterio jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** solicitó que se revoque la absolución dispuesta en primera instancia, aplicando para el efecto la sentencia SU005-18 de la Corte Constitucional y en concordancia con lo establecido en el Decreto 758 de 1990, con fundamento en que la referida sentencia en virtud de la aplicación del principio de la condición más beneficiosa no solo es aplicable la norma inmediatamente anterior a la que se encontraba vigente al momento del deceso, pues estima que de lo contrario se estaría violando el derecho a la igualdad, al negarse la prestación a la que tiene derecho debido a que el referido Tribunal Constitucional ha amparado los derechos de personas que se encontraban en las mismas condiciones de aquella.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 1º de marzo de 2022 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, y conforme a lo normado en el art. 15 del Decreto 806 de 2020,

se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (archivo 4, C002).

Las partes presentaron las alegaciones reiterando, la activa los argumentos expuestos en la alzada y la pasiva los esgrimidos en la contestación a la demanda (archivo 5, C002).

VI. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada, y conforme a lo dispuesto en el art. 66A del CPTSS, el problema jurídico en este asunto consiste en establecer si a la luz de la normatividad y jurisprudencia aplicables, el afiliado fallecido dejó causada la pensión de sobrevivientes; y en caso afirmativo, si la demandante acreditó su condición de beneficiaria de la prestación.

Se encuentra acreditado que el causante, Fernando de Jesús Trujillo Correa, nació el 30 de abril de 1953 (página 15, archivo 1) y falleció el 5 de julio de 2019 (Pág. 16, archivo 1), por lo que las normas aplicables para resolver la controversia, vigentes para la fecha de la muerte, son los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, que modificaron los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993.

El citado artículo 12, prevé como requisito para la causación de la pensión de sobrevivientes en el caso de los afiliados, cotizar al sistema un mínimo de 50 semanas dentro de los tres años inmediatamente anteriores a la muerte, situación que no se verifica en este asunto, comoquiera que a la fecha del deceso habían transcurrido más de 24 años desde que se efectuó la última cotización por parte del causante, la cual tuvo lugar en agosto de 1995 (pág. 25, archivo 1), por lo que bajo el amparo de la mentada regulación no es factible acceder al derecho procurado.

Ahora bien, frente al argumento de la alzada relativo a la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, se considera relevante anotar que en lo que refiere a la pensión de sobrevivientes el Órgano de Cierre de esta Jurisdicción, ha admitido que el reconocimiento prestacional se realice con sustento en las exigencias contempladas en la normativa inmediatamente anterior a la que se encontraba vigente para el momento del deceso, pero sin que

sea válido invocar cualquier disposición que haya regulado el asunto en algún tiempo remoto.

En tal sentido, desde la sentencia CSJ SL 32642, 9 dic. 2008, explicó: *“No es admisible aducir, como parámetro para la aplicación de la condición más beneficiosa, cualquier norma legal que haya regulado el asunto en algún momento pretérito en que se ha desarrollado la vinculación de la persona con el sistema de la seguridad social, sino la norma inmediatamente anterior a la vigente que ordinariamente regularía el caso. Es decir, el juez no puede desplegar un ejercicio histórico, a fin de encontrar alguna otra legislación, más allá de la que haya precedido (...)”*; criterio reiterado, entre otras, en sentencias CSJ SL2111-2018, CSJ SL020-2018, SL2040-2018 y SL2091-2018).

En este caso, en virtud del principio de la condición más beneficiosa, habría lugar a dar aplicación a lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 en su versión original, cuya aplicación en virtud del tránsito legislativo surge según lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia, dependiendo del escenario en el que se encontrara el afiliado, esto es, según si estaba o no cotizando al momento del cambio normativo, es decir, para el 29 de enero de 2003 cuando entró a regir la Ley 797 y al momento de la muerte.

En este asunto, verificada historia laboral, se constata que el causante no se encontraba cotizando al momento del cambio normativo -29 de enero de 2003, por lo que debía acreditarse que aportó 26 semanas en el año que antecede a esa fecha, entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2002, además, la muerte debía producirse entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2006, sin que se cumpla ninguno de esos supuestos fácticos, necesarios para dar aplicación al mencionado principio, de conformidad con la jurisprudencia aducida, pues no contaba con 26 semanas en el año inmediatamente anterior al cambio legislativo, y la muerte tuvo lugar el 5 de julio de 2019, hecho este último relevante, por tratarse de la aplicación de una norma que perdió vigencia al ser derogada con ocasión del tránsito legislativo, con la finalidad de aminorar los efectos adversos del mismo y hasta tanto se torne posible para los afiliados dar cumplimiento a los nuevos requisitos impuestos por el legislador, tal como lo consideró razonablemente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al imponer el respectivo límite temporal, en consideraciones que acoge y comparte

esta Sala en su integridad, por tanto, la pensión debía sujetarse estrictamente a los requisitos de la Ley 797 de 2003, los cuales tampoco se acreditaron.

En ese orden, tampoco hay lugar a dar paso a la aplicación al principio de condición más beneficiosa, bajo los lineamientos del Acuerdo 049 de 1990, que es lo pretendido por la recurrente como para darle una especie de efectos “*plus ultractivos*”, basta señalar que la Sala de Casación Laboral, ha adoctrinado de manera reiterada y pacífica, la imposibilidad de tener en cuenta tal normatividad en los casos en que el causante fallece en vigor de la Ley 797 de 2003, dado que el mencionado principio constitucional permite aplicar en forma exclusiva, la norma inmediatamente anterior a la reinante al momento del deceso, y el Acuerdo 049 fue derogado por los arts. 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados a su vez por la citada Ley 797.

Por lo demás, debe decirse que si bien la Corte Constitucional ha considerado que en algunos casos en virtud del principio de la condición más beneficiosa en materia de pensión de sobrevivientes, hay lugar a que se aplique, de manera ultra activa, las disposiciones del Acuerdo 049 de 1990 –o de un régimen anterior- en cuanto al requisito de las semanas de cotización para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes de un afiliado que fallece en vigencia de la Ley 797 de 2003 (sentencias T-566 y T-719 de 2014, T-735-2016, T-084 y T-235 de 2017 y SU-005-2018), esta Sala no comparte tal razonamiento, en razón a que la tesis actual y sostenida por el Máximo Órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, la cual constituye un precedente obligatorio para los jueces ordinarios laborales, es la que más se acompasa con la naturaleza jurídica del derecho reclamado y la finalidad del principio aplicado.

En todo caso, la diversidad de criterios jurídicos en la Rama Judicial, entre una corporación y otra, por ningún motivo constituye un trato discriminatorio para las partes de un proceso, o una vulneración a derechos fundamentales, toda vez que tales criterios son fruto de una valoración normativa, fáctica y probatoria, en ejercicio de la autonomía e independencia que ostentan los jueces en sus decisiones (CSJ STL12807-2016).

Por otra parte, en las sentencias del CSJ SL 42628, 31 ago. 2010, CSJ SL 43218, 25 ene. 2011 y CSJ SL2040-2018, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostuvo que lo estipulado en el parágrafo 1º del artículo 12 de la Ley

797 de 2003, que indica que cuando un afiliado haya alcanzado el número mínimo requerido en el régimen de prima para adquirir la pensión de vejez en tiempo anterior a su fallecimiento, sus beneficiarios tendrán derecho a la prestación de sobrevivientes aunque no se hubiese satisfecho las 50 semanas de cotización en los tres años anteriores al fallecimiento, se hace extensible para las personas que en virtud del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, fueron cobijadas por el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, en cumplimiento del requisito de 1000 semanas de aportes en toda la vida laboral o de 500 en los 20 años anteriores a la muerte.

Sin embargo, revisadas las pruebas allegadas se encuentra que a pesar de que el causante era beneficiario del régimen de transición debido a que al 1º de abril de 1994 tenía 40 años para, no cumplió los requisitos del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, en la medida en que en toda la vida laboral aportó 473 semanas de cotización; a lo que se suma que el mismo tampoco sería acreedor de una pensión de vejez de conformidad con la Ley 100 de 1993 o la Ley 797 de 2003, pues dichas normas establecen un mínimo de 1300 semanas para la fecha de la muerte, las cuales como se asentó no se cumplen en el presente asunto.

Bastan entonces las razones expuestas para desestimar los argumentos del recurso y confirmar la sentencia apelada.

Sin costas en la instancia, ante su no causación.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 10 de febrero de 2022, por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá DC, por las razones expuestas.

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

TERCERO: Esta sentencia se notificará a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del CPTSS.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado

Enlace expediente digital:

https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EnXnfRF6gY1Cswu7q9z-jL0BqDFb7Glz5wy0eBhIk_qVYA?e=vOVizI

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **f699a6b8f48636ea689fc7deb89a202152c02056670829b4cac01e08f8befecf**

Documento generado en 02/11/2022 02:51:16 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



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

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN: 11001 31 05 **039 2018 00481** 01
DEMANDANTE: ROSALBA RANGEL DÍAZ
DEMANDADAS: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS **PORVENIR SA**,
COLFONDOS SA PENSIONES Y CESANTÍAS,
ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS **PROTECCIÓN SA**

Bogotá DC, treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, respecto de la sentencia proferida el 4 de abril de 2022, por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I.ANTECEDENTES

Pretende la demandante que se declare que existió vicio del consentimiento en los contratos de administración de pensiones obligatorias suscritos con las AFP Porvenir, Colfondos y Protección, al haberse ocultado información sobre los riesgos que debía asumir cuando suscribió los formularios de vinculación, en consecuencia, que se declare la ineficacia de tales afiliaciones y que se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Prima Media. Con ello, que se condene a Protección SA a efectuar el traslado de los aportes cotizados en el Régimen de Ahorro Individual a Colpensiones, y a este ente a recibirlos, registrarla como

afiliada y reconocerle y pagarle la pensión de vejez bajo los parámetros previstos en la Ley 100 de 1993.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 30 de abril de 1960; que cotizó a la Caja de Previsión Municipal desde el 14 de marzo de 1983 hasta el 18 de octubre de 1994; que el 7 de julio de 1994, se trasladó a Colfondos SA; que los asesores de dicha administradora le manifestaron que se pensionaría con un monto mayor al que tendría derecho en el ISS y que accedería a su derecho a una edad más temprana; que posteriormente efectuó varios traslados a la AFP Santander hoy Protección SA y a Porvenir SA, quienes tampoco le suministraron información completa y veraz sobre las consecuencias de tales actos; que presentó reclamación ante las demandadas, quienes se negaron a acceder a sus pedimentos (Pág. 1 a 24, archivo 5).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue admitida el 6 de diciembre de 2019, ordenando su notificación y traslado a las demandadas (pág. 176 a 177, archivo 5), quienes dieron respuesta en término oportuno.

La **Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones** se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. En su defensa propuso las excepciones que denominó descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de nulidad alegada y no procedencia al pago de costas en instituciones administradora de seguridad social del orden público (página 181 a 216, archivo 5).

La **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA** presentó oposición a lo pretendido. En su defensa propuso como excepciones 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 (carpeta 10).

La **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección SA** presentó oposición a lo pretendido. En su defensa propuso como excepciones 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 y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, e inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe (carpeta 11).

Colfondos SA Pensiones y Cesantías presentó oposición a lo pretendido. En su defensa propuso como excepciones las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, 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 SA, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago (carpeta 18).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (página 179, archivo 5).

III.SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 4 de abril de 2022, declaró ineficaz el traslado que hizo Rosalba Rangel Diaz del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual, a través de Colfondos SA y con efectividad del 1º de agosto de 1994, y que se entiende que jamás se separó del régimen de prima media.

Condenó a Colfondos SA a transferir todas las sumas de dinero que recibió por gastos de administración durante todo el tiempo que estuvo afiliada la demandante, esto es, desde el 1º de agosto de 1994 hasta 31 de marzo de 1995 y del 1º de agosto de 2003 hasta el 30 de abril de 2015, debidamente indexadas y con destino a Colpensiones sin descontar algún dinero que hayan pagado por seguros previsionales o los porcentajes de garantía mínima; condenó a Porvenir SA a que transfiera todas las sumas de dinero que recibió por gastos de administración durante todo el tiempo que se estuvo afiliada la demandante, esto es, desde el 1º de abril de 1995 hasta 31 de diciembre de 2003, sin descontar dinero alguno, gastos que deberán ser indexados al momento del pago y a favor

de Colpensiones quien es el que administra el régimen de prima media; y condenó a Protección SA a transferir todas las sumas de dinero que obran en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con los valores de rendimiento y gastos de administración debidamente indexados que recibió desde que estuvo afiliada la demandante desde el 1º de enero de 2003 hasta el 31 de julio de 2003 y del 1º de mayo de 2015 hasta que se dé cumplimiento a esta sentencia o quede en firme la misma sin descontar algún dinero que hayan pagado por seguros previsionales o los porcentajes destinados para el pago de la pensión de garantía mínima, con destino a Colpensiones quien es el que administra el régimen de prima media.

Finalmente le ordenó a Colpensiones a recibir los dineros de que trata los numerales 2º, 3º y 4º de la sentencia y a reactivar la afiliación de la demandante sin solución de continuidad.

Consideró que conforme a la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia y la normatividad aplicable, se lograba establecer que ninguno de los fondos de pensiones demandados cumplieron con la carga de probar, que en el momento en el que cada una llevó a cabo la vinculación de la activa, dio la información suficiente, objetiva, clara, concreta y comparada sobre las características, condiciones y diferencias entre el RPM y el RAIS, demostrándole que le resultaba más benéfico, más aun cuando de los formularios de afiliación no se desprendía qué tipo de información fue brindada por las demandadas.

IV.RECURSOS DE APELACIÓN

Porvenir SA apeló la sentencia de primer grado, solicitando la revocatoria de las condenas impuestas por concepto de gastos de administración, debido a que los mismos no se encuentran llamados a financiar la pensión de la demandante y tienen una destinación específica por disposición legal, habiéndose cumplido por parte de ese fondo con la correcta administración de los recursos de la activa mientras estuvo vigente su afiliación, lo que condujo a que se generaran rendimientos financieros que fueron trasladados a la AFP a la que se encuentra actualmente vinculada, por lo que adujo, que de disponerse el traslado de tales recursos se estaría generando un enriquecimiento sin justa causa en favor del sistema. Agregó que tampoco hay lugar a restituir las sumas pagadas por concepto de primas de seguros previsionales debido a que tales

recursos no se encuentran en su poder, sino en manos de la compañía aseguradora. Lo anterior de acuerdo con el concepto emitido sobre el particular por la Superintendencia Financiera de Colombia.

Protección SA formuló la alzada respecto a la condena relativa a trasladar a Colpensiones los gastos de administración y el seguro previsional de manera indexada, debido a que considera que tales rubros se dedujeron de la cuenta de ahorro individual de la demandante conforme lo dispone la ley, por lo que de ordenarse se daría paso a un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones al recibir una comisión que no va a financiar la pensión de la afiliada, así como por un capital que nunca administró, aunado a que ya se estarían trasladando los rendimientos financieros fruto de la buena gestión realizada por esa AFP.

En ese orden, estimó que ese fondo tiene derecho a conservar la comisión a título de restitución mutua, además porque no existe una norma que así lo regule, más aún cuando la consecuencia de la ineficacia es que las cosas vuelvan al estado anterior, lo que conduciría a que el fondo no tenía que administrar los ahorros de la demandante, no se habrían causado los rendimientos y por ende no habría lugar a un cobro de administración.

Añadió que sobre las comisiones opera la prescripción porque no financian directamente la prestación de vejez y que se desdibuja la consecuencia misma de la declaratoria de la ineficacia con las condenas materia de alzada, sobre todo cuando la jurisprudencia refiere a las mermas en los aportes, lo cual no ocurrió, y además al traslado de todos los recursos que ingresaron a la cuenta de ahorro individual y los rubros referidos no hacen parte de la misma. Expuso que el art. 1746 del CC habla de las restituciones, y con base en eso, no se puede desconocer que el bien administrado produjo unas mejoras.

Por último, señaló que debe tenerse en cuenta que las primas de seguros previsionales fueron giradas a una aseguradora para que en caso de existir una contingencia por invalidez o muerte se pudieran financiar las prestaciones derivadas de dichos conceptos, sumado a que la aseguradora es un tercero de buena fe.

La **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones** apeló la sentencia proferida solicitando que se revoque, teniendo en cuenta que la

demandante se encuentra inmersa en la prohibición de que trata el art. 13 de la Ley 100 de 1993, comoquiera que la solicitud de traslado de régimen pensional la radicó con posterioridad al cumplimiento de los 47 años.

Aludió que la activa no logró acreditar que hubiera hecho uso de las herramientas legales previstas para rescindir los contratos firmados con las codemandadas ni que hubiera ejercido el derecho de retracto, y permaneció 20 años afiliada al RAIS sin haber solicitado información adicional a las administradoras privadas. Finalmente, expuso que la declaratoria de ineficacia afecta la sostenibilidad del sistema administrado por esa entidad.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 2 de junio de 2022 se admitieron los recursos interpuestos y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones; y, conforme a lo normado en el art. 15 del Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar.

La demandante y las demandadas Colpensiones y Porvenir SA presentaron alegaciones reiterando los argumentos expuestos en la demanda, los escritos de oposición y en los recursos, respectivamente (archivo 05, 06, 07 y 08, C002).

VI. ACLARACIÓN PREVIA

Resulta necesario aclarar, que la suscrita Magistrada Ponente no comparte las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, en sede de tutela y en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos de esa índole de los que ha conocido, había adoptado decisiones apartándose razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en decisiones cuyas consideraciones no contaban con mayoría, analizando lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e

independencia judicial, así como las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, de conformidad con lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, se acatará en este asunto y en los sucesivos, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

VII. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo previsto en los artículos 66A y 69 del CPTSS, el problema jurídico a resolver, consiste en verificar si el traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, surtió plenos efectos jurídicos, o si por el contrario, fue ineficaz por falta de información suficiente por parte de la administradora privada demandada, que le permitiera contar con un consentimiento informado en la celebración del acto jurídico; y en tal caso, cuáles son las consecuencias jurídicas de tal declaratoria, y en particular, si es procedente la devolución de los gastos de administración.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: *i)* la demandante nació el 10 de abril de 1960 (Pág. 26, archivo 1); *ii)* cotizó a la Caja de Previsión Social Municipal del 14 de marzo de 1983 al 13 de junio de 1990, del 12 de febrero de 1992 al 28 de abril de 1992, del 30 de abril de 1992 al 12 de abril de 1993 y del 30 de abril de 1993 al 18 de octubre de 1994 (página 36, archivo 1); *iii)* que el 7 de julio de 1994 se trasladó al RAIS administrado por la AFP **Colfondos**, con fecha de efectividad desde el 1º de agosto de 1994 (Pág. 18, archivo 2, Carpeta 18); *iv)* que el 1º de marzo de 1995, se afilió a la AFP **Porvenir SA**, con fecha de efectividad desde 11 de abril de 1995 (Pág. 18, archivo 2, Carpeta 18), *iv)* que el

12 de junio de 1997, se afilió a la AFP **Colpatria**, con fecha de efectividad desde 1° de agosto de 1997 de enero de 2002 (Pág. 18, archivo 2, Carpeta 18); *v*). Que el 1° de octubre de 2002, se afilió a la AFP Porvenir con fecha de efectividad del 1° de diciembre de 2002; *vi*). Que el 28 de noviembre de 2003 se afilió a la AFP ING, con fecha de efectividad del 1° de enero de 2004; y, finalmente el 17 de junio de 2013, se afilió a la AFP **Colfondos** con fecha de efectividad desde 1° de agosto de 2013 (Pág. 18, archivo 2, Carpeta 18), administradora en la que actualmente se encuentra afiliada.

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

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

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

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

Adicionalmente, conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las Administradoras de fondos de

pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Así, en sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008 rad. 31989 reiterada en la CSJ SL, 6 dic. 2011 rad. 31314, expresó:

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

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

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

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

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

Así las cosas, conforme la jurisprudencia en cita, al alegarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al fondo de pensiones, sin importar si el afiliado era o no beneficiario del régimen de transición, o tenía una

expectativa pensional legítima para el momento del traslado, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente de la Sala de Casación Laboral citado.

En el caso que ocupa la atención de esta Sala, la demandante se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Colfondos SA, el 7 de julio de 1994, luego de efectuar diversos traslados, se vinculó nuevamente a dicho fondo, en el que se encuentra actualmente, y si bien en el formulario de traslado se hace referencia expresa a que la decisión se adoptó de manera libre, espontánea y sin presiones, conforme al mandato del art. 114 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con lo previsto en el art. 11 del Decreto 692 de 1994, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

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

Ahora bien, en lo que respecta a si debían demostrarse o no vicios en el consentimiento y los efectos de la falta de información previa al traslado de régimen pensional, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia CSJ SL1501-2022, precisó:

El enfoque de la Corte para abordar esta problemática, es la ineficacia, que apunta a la trasgresión o contrariedad del ordenamiento jurídico --normas que son de orden público--, que por tal razón trascienden la esfera del interés personal de los intervinientes por estar así determinado en la ley, según lo señalado en el artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo y en los preceptos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, y que por lo mismo no resulta ser un defecto subsanable, como lo podría ser la nulidad relativa.

Ahora bien, la construcción jurisprudencial de la ineficacia en esa particular materia se ha basado, precisamente, en dejar de lado el estudio sobre el elemento *«consentimiento»* para buscar en éste la prueba de uno de los vicios: error, fuerza y dolo, atinentes a la *validez*, para, en su lugar, centrar el análisis en el *«deber de información y buen consejo»* que compete a las administradoras en cumplimiento de las normas de orden público que regulan la materia, tal como lo ha entendido esta Sala de la Corte.

Se sigue de lo anterior, por ejemplo, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación no suple en manera alguna el deber de información, con el nivel de calidad que la jurisprudencia ha venido exigiendo, ni resulta ser demostrativo de haberse satisfecho en debida forma la mentada exigencia (CSJ SL1741-2021 en la que se memoran las sentencias CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017), como equivocadamente lo entendió el Colegiado de instancia.

Y en la CSJ SL5292-2021, en sede de instancia, advirtió:

De otro lado, ha dicho 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 su propio patrimonio, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Por otra parte, respecto a los traslados posteriores y los actos de relacionamiento, se advierte que la alta corporación, en sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL5686-2021, precisó que una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto no se convalida por los tránsitos que los afiliados hagan entre administradoras del régimen de ahorro individual. Así lo expuso en la primera decisión citada:

Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP Colfondos SA, que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración del acto jurídico de traslado de régimen, para establecer la existencia de un consentimiento informado por parte de la afiliada para esa época, tal como lo concluyó el *a quo*, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico de la afiliación al régimen de ahorro individual, así como del traslado posterior verificado, y se **confirmará** la decisión de declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** de régimen pensional realizado por la demandante el 7 de julio de 1994, con su afiliación a la AFP Colfondos, así como los posteriores surtidos con destino a las AFP Porvenir y AFP Protección.

De conformidad con la citada jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se retrotrae la situación al estado en el que se hallaría si el acto jamás hubiera existido, dejando sin efecto también los traslados posteriores, y las administradoras de fondos de pensiones respectivas deben devolver con destino a Colpensiones, la totalidad de aportes pensionales

efectuados con ocasión del traslado, así como los rendimientos financieros, bonos pensionales, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y gastos de administración, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado, y demás conceptos objeto de devolución (CSJ SL1022-2022, CSJ SL1017-2022, CSJ SL1125-2022), puesto que dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social, y resultan necesarios para la financiación de las prestaciones económicas que correspondan en el régimen de prima media, en los términos de la jurisprudencia vigente.

Respecto de la excepción de prescripción, el órgano de cierre de esta jurisdicción ha precisado de manera reiterada que la acción de ineficacia de traslado 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»*¹, por lo que resulta acertada la decisión del juez de primera instancia, y ello se hace extensivo a la totalidad de conceptos que son objeto de devolución, como consecuencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen.

Por lo expuesto, se **confirmará** la sentencia apelada y consultada.

Sin costas en la alzada.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 4 de abril de 2022, por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá DC, según lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

¹ CSJ SL1688-2019.

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

TERCERO: Esta sentencia se notificará a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del CPTSS.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:

<https://etbcsj->

[my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/Eswi5c_i1ulLrc4tlCZDywMBqXK2tNQRn9c5DpqHOUjK9Q?e=CrFBmn](https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/Eswi5c_i1ulLrc4tlCZDywMBqXK2tNQRn9c5DpqHOUjK9Q?e=CrFBmn)

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: 16609de3b2c5a608cb10c518fef92c2837ee85ccbc93e926e8aee3e116cec0f4

Documento generado en 02/11/2022 02:52:29 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



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

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN: 11001 31 05 **036 2020 00199 01**
DEMANDANTE: DEMENSXY CABRERA MOLINA
DEMANDADOS: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES y PORVENIR FONDO DE PENSIONES Y
CESANTÍAS SA

Bogotá DC, treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la AFP Porvenir SA y por la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, y surtir el grado jurisdiccional de consulta en su favor, respecto de la sentencia proferida el 5 de mayo de 2022, por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende la demandante que se declare la ineficacia de su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) administrado por Porvenir SA; que se le ordene a la AFP trasladar los valores de su cuenta de ahorro individual a Colpensiones, y a ésta hacer efectiva la afiliación y permanencia en el régimen de prima media con prestación definida (RPMPD). Además, pidió la condena en costas a la demandada.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 17 de agosto de 1961, que al 1º de abril de 1994 tenía cotizadas 292.57 semanas en el RPM; que desde el 13 de junio de 1991 estaba vinculada a la Alcaldía de

Pitalito; que en el año 1997 suscribió el formulario de afiliación con la AFP Porvenir, la que se hizo efectiva a partir del 1º de abril de 1997 luego de recibir una asesoría verbal por parte de los asesores de ese fondo, en la que le dijeron que esta era la mejor opción, que se podía pensionar a la edad y con el monto de pensión que quisiera, sin informarle como se accedía a tal beneficio; que tiempo después advirtió que la información que se le había suministrado no era cierta, y que no le fueron informadas las desventajas y efectos negativos del traslado, así como los beneficios que perdió, ni las diferencias entre los regímenes pensionales y las variables que influyen en ellos; y que, solicitó ante Porvenir el traslado, y ante Colpensiones el retorno al RPM, con respuesta negativa por parte de las entidades (archivo 03, C001).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue admitida el 22 de septiembre de 2020, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (archivo 01, carpeta 02, C001).

Porvenir SA contestó oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, e invocó en su defensa las excepciones previas de ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales – ausencia de reclamación administrativa, falta de competencia, de igual manera propuso las excepciones de fondo que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (archivo 02, carpeta 05, C001).

Colpensiones se opuso a todas y cada una de las pretensiones, e invocó en su defensa las excepciones 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 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, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado y prescripción (archivo 02, carpeta 06, C001).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (carpeta 07, C001).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 5 de mayo de 2022, declaró la ineficacia de la afiliación o traslado efectuado por la demandante el 1º de marzo de 1997, al fondo Porvenir SA, y le ordenó trasladar los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante a Colpensiones, incluido lo descontado por rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones. Así como los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser debidamente indexadas. A su vez, le ordenó a Colpensiones esta acreditar como semanas efectivamente cotizadas las de sus aportes, y reactivar la afiliación como si nunca se hubiera trasladado (Archivo 13).

En síntesis, la juez de primer grado consideró que conforme a la normatividad vigente para la época del traslado de régimen de la demandante y a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, el deber de información está radicado en cabeza de las AFP. En ese orden, estableció que al proceso no se aportaron medios de convicción tendientes a demostrar la información suministrada a la demandante al momento de efectuar su traslado al RAIS; que a pesar de que se allegó una carta de asesoría firmada por la demandante, dicha documental no era prueba de la información que debió ser suministrada al momento del traslado, ya que se trataba de un formato pre-impreso. Tuvo en cuenta la situación particular de la demandante de cara al desconocimiento de los dos regímenes, así como la diferencia entre cada uno de ellos.

En lo relacionado con la prescripción para reclamar la declaratoria de ineficacia del traslado, anotó que dicha acción no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción del derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por lo tanto, resulta imprescriptible.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Porvenir SA interpuso recurso de apelación, al efecto adujo que ese fondo cumplió con las disposiciones legales para la época del traslado; que la AFP brindó la asesoría que le correspondía y la actora suscribió el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria, y ratificó su voluntad de afiliación en el RAIS, con su permanencia durante más de 20 años; que no resulta procedente que por la inconformidad de la actora con el factor económico de su prestación, se acceda a las pretensiones de la demanda; que para el año 1997 en que se trasladó de régimen, era imposible conocer las cotizaciones futuras de la demandante, así como las demás variables que determinan la mesada pensional, o si continuaría efectuando aportes al sistema; y que, actuó conforme a derecho.

En lo que tiene que ver con los gastos de administración, sumas adicionales y porcentajes para la garantía de pensión mínima, afirmó que las condenas resultan contradictorias, por lo que no se debería ordenar la devolución de estos, más aún al tener en cuenta que Porvenir cumplió con la gestión que le fue encomendada.

Colpensiones inconforme con la decisión, manifestó que el formulario de afiliación suscrito por la demandante es válido, pues no era posible conocer las condiciones pensionales al momento de su suscripción; que la actora no contaba con una expectativa legítima y permaneció afiliada y efectuando los correspondientes aportes al fondo privado, incluso antes de encontrarse inmersa en la prohibición legal de traslado; que fue de público conocimiento que Colpensiones asumió la administración del régimen pensional, sin embargo, la demandante nunca se acercó a esa administradora a indagar sobre su status pensional.

Finalmente, afirmó que aún con la devolución de los gastos de administración y sumas adicionales, se ve afectada la sostenibilidad financiera del sistema ante el eventual reconocimiento pensional; y, solicitó se revoque la condena en costas a cargo de Colpensiones, pues no se le puede tener como vencida en juicio, pues la falta de información se probó por parte del fondo Porvenir, y la entidad solo fue llamada por ser la que debe recibir a la actora como afiliada.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 2 de junio de 2022 se admitieron los recursos de apelación interpuestos por la AFP Porvenir SA y por la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta en su favor, y conforme a lo normado en el art. 15 del Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar.

Las demandadas presentaron las alegaciones reiterando los argumentos expuestos en la contestación a la demanda, y Colpensiones en el recurso de apelación (archivo 12)

VI. ACLARACIÓN PREVIA

Resulta necesario aclarar que, la suscrita Magistrada Ponente no comparte las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, en sede de tutela y en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos de esa índole de los que ha conocido, había adoptado decisiones apartándose razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en providencias cuyas consideraciones no contaban con mayoría, analizando lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, así como las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, de conformidad con lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos

efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, se acata en este asunto y en los sucesivos, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

VII. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo previsto en los artículos 66A y 69 del CPTSS, el problema jurídico a resolver, consiste en verificar si el traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, surtió plenos efectos jurídicos, o si por el contrario, fue ineficaz por falta de información suficiente por parte de la administradora del RAIS demandada, que le permitiera contar con un consentimiento informado en la celebración del acto jurídico; y en tal caso, cuáles son las consecuencias jurídicas de tal declaratoria y si hay lugar a la condena en costas a cargo de Colpensiones.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 17 de agosto de 1961 (pág. 51, archivo 03, carpeta 01, C001); **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 8 de julio de 1991 hasta el 31 de mayo de 1995, 306,14 semanas (pág. 24-25, archivo 03, carpeta 01, C001); **iii)** que se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Porvenir SA, el 17 de enero de 1997 (pág. 26, archivo 03, carpeta 01, C001); **iv)** se trasladó el 2 de marzo de 2000 a la AFP Horizonte SA, hoy AFP Porvenir SA (pág. 33, archivo 02, carpeta 05, C001); **v)** cuenta con un total de 1432 semanas cotizadas para el 26 de julio de 2019, según lo informado en la historia laboral (pág 27 a 39, archivo 03, carpeta 01, C001).

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

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

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

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

Adicionalmente, conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Así, en sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008 rad. 31989 reiterada en la CSJ SL, 6 dic. 2011 rad. 31314, expresó:

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

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

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

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

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e

inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

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

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

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

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

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

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

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

(…) no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada – cuando no imposible – o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que

(i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.”

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

Así las cosas, conforme la jurisprudencia en cita, al alegarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al fondo de pensiones, sin importar si el afiliado era o no beneficiario del régimen de transición, o tenía una expectativa pensional legítima para el momento del traslado, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente de la Sala de Casación Laboral citado.

En el caso que ocupa la atención de esta Sala, la demandante se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Porvenir, efectivo desde el 1º de marzo de 1997; luego, se trasladó a la AFP Horizonte, hoy Porvenir, el 2 de marzo de 2000, en la que se encuentra actualmente afiliada, y si bien en el formulario de vinculación se hace referencia expresa a que la decisión se adoptó de manera libre, espontánea y sin presiones, conforme al mandato del art. 114 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con lo previsto en el art. 11 del Decreto 692 de 1994, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

“(…) la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como “la afiliación se hace libre y voluntaria”, “se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones” u otro tipo de leyendas de

este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo acreditan un consentimiento, pero no informado.”

Ahora bien, en lo que respecta a si debían demostrarse o no vicios en el consentimiento y los efectos de la falta de información previa al traslado de régimen pensional, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia CSJ SL1501-2022, precisó:

El enfoque de la Corte para abordar esta problemática, es la ineficacia, que apunta a la trasgresión o contrariedad del ordenamiento jurídico --normas que son de orden público--, que por tal razón trascienden la esfera del interés personal de los intervinientes por estar así determinado en la ley, según lo señalado en el artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo y en los preceptos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, y que por lo mismo no resulta ser un defecto subsanable, como lo podría ser la nulidad relativa.

Ahora bien, la construcción jurisprudencial de la ineficacia en esa particular materia se ha basado, precisamente, en dejar de lado el estudio sobre el elemento «*consentimiento*» para buscar en éste la prueba de uno de los vicios: error, fuerza y dolo, atinentes a la *validez*, para, en su lugar, centrar el análisis en el «*deber de información y buen consejo*» que compete a las administradoras en cumplimiento de las normas de orden público que regulan la materia, tal como lo ha entendido esta Sala de la Corte.

Se sigue de lo anterior, por ejemplo, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación no suple en manera alguna el deber de información, con el nivel de calidad que la jurisprudencia ha venido exigiendo, ni resulta ser demostrativo de haberse satisfecho en debida forma la mentada exigencia (CSJ SL1741-2021 en la que se memoran las sentencias CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017), como equivocadamente lo entendió el Colegiado de instancia.

Y en la CSJ SL5292-2021, en sede de instancia, advirtió:

De otro lado, ha dicho 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 adocinado 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 su propio patrimonio, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Por otra parte, respecto a los traslados posteriores y los actos de relacionamiento, se advierte que la alta corporación, en sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL5686-2021 precisó que una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto no se convalida por los tránsitos que los afiliados hagan entre administradoras del régimen de ahorro individual. Así lo expuso en la primera decisión citada:

Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre

una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP Porvenir, que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración del acto jurídico de traslado de régimen, para establecer la existencia de un consentimiento informado por parte de la afiliada para esa época, tal como lo concluyó la *a quo*, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico de la afiliación al régimen de ahorro individual, así como del traslado posterior verificado, y se **confirmará** la decisión de declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** de régimen pensional realizado por la demandante el 17 de enero de 1997, con su afiliación a la AFP Porvenir.

De conformidad con la citada jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se retrotrae la situación al estado en el que se hallaría si el acto jamás hubiera existido, dejando sin efecto también los traslados posteriores, y las administradoras de fondos de pensiones respectivas deben devolver con destino a Colpensiones, la totalidad de aportes pensionales efectuados con ocasión del traslado, así como los rendimientos financieros, bonos pensionales, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y gastos de administración, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado, y demás conceptos objeto de devolución (CSJ SL1022-2022, CSJ SL1017-2022, CSJ SL1125-2022), puesto que dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social, y resultan necesarios para la financiación de las prestaciones económicas que correspondan en el régimen de prima media, en los términos de la jurisprudencia vigente, tal como fue ordenado por la *a quo*.

Respecto de la excepción de prescripción, el órgano de cierre de esta jurisdicción ha precisado de manera reiterada que la acción de ineficacia de traslado 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”¹, por lo que resulta acertada la decisión del juez de primera instancia, y ello se hace extensivo a la totalidad de conceptos que son objeto de devolución, como consecuencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen.

Finalmente, y en lo que a la condena en costas se refiere, la Sala recuerda que éstas son la erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida en un proceso judicial, y comprende las expensas y las agencias en derecho. En ese orden de ideas, de conformidad con el artículo 365 del CGP, las costas son a cargo de la parte vencida, en este caso, debió disponerse dicho rubro únicamente a cargo la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA, pero no así frente a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, en la medida en que esa entidad no tuvo ninguna injerencia en el acto de traslado de régimen pensional de la demandante que hoy se declara ineficaz, así como tampoco le era dable resolver sobre la situación de ineficacia que aquí se discutió, no es imputable a acción u omisión alguna de su parte, únicamente fue llamada al proceso por cuanto le corresponde soportar las consecuencias de la declaratoria pretendida. Por lo que sobre el particular se **revocará parcialmente** la decisión de primer grado.

Sin costas en la alzada.

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR parcialmente el numeral quinto de la sentencia apelada y consultada, para en su lugar, **ABSTENERSE** de condenar en costas a **COLPENSIONES**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

¹ CSJ SL1688-2019.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida el 5 de mayo de 2022, por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá DC, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada



MARCÉLIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:

[1001310503620200019901](https://expediente.digitec.gov.co/1001310503620200019901)

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **6797c54a6c6992a1ffe4fd917f277248dc62b44c56205b579bcabcdaa98e505a**

Documento generado en 02/11/2022 02:52:22 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



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

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN: 11001 31 05 **023 2021 00455 01**
DEMANDANTE: EDGAR ALONSO GARCÍA
DEMANDADOS: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA

Bogotá DC, treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la AFP Porvenir SA y por la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, y surtir el grado jurisdiccional de consulta en su favor, respecto de la sentencia proferida el 28 de marzo de 2022, por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende el demandante que se declare la ineficacia de su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) administrado por Porvenir SA; que se le ordene a la AFP trasladar los valores de su cuenta de ahorro individual a Colpensiones, y a ésta hacer efectiva la afiliación y permanencia en el régimen de prima media con prestación definida (RPMPD). Además, pidió la condena en costas a la demandada (carpeta 01, C001).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 16 de septiembre de 1961, por lo que a la presentación de la demanda cuenta con 59 años de edad; que realizó cotizaciones al extinto ISS desde el 1° de abril de

1995 hasta el 31 de marzo de 2000; que se trasladó al RAIS con la AFP Porvenir el 28 de febrero de 2000, sin que se le hubiese suministrado una asesoría profesional completa, clara, suficiente y oportuna, que le permitiera conocer las condiciones de los regímenes de pensiones y hacer una comparación entre los mismos; que no se le informó sobre la prohibición de trasladarse de régimen antes de cumplir los 62 años de edad; además, que no se encuentra pensionado por los riesgos de vejez o invalidez; que solicitó a la demandada Colpensiones tenerlo como afiliado al régimen que administra en aplicación de lo previsto en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, lo que fue negado; y, a la AFP Porvenir, la anulación de su afiliación al RAIS, solicitud que negó argumentando que no resultaba jurídicamente procedente.

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue admitida el 12 de octubre de 2021, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (archivo 03, C001).

Porvenir SA contestó oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, e invocó en su defensa las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y compensación (archivo 05, C001).

Colpensiones se opuso a todas y cada una de las pretensiones, e invocó en su defensa las excepciones 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 (AL 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la CP), buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado y prescripción (archivo 07, C001).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (pág. 8, archivo 06, C001).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 28 de

marzo de 2022, declaró la ineficacia de la afiliación o traslado efectuado por la demandante el 28 de febrero de 2000, al fondo Porvenir SA, y le ordenó trasladar los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, aportes, rendimientos y bono pensional, a Colpensiones, sin descontar lo correspondiente a gastos de administración o por cualquier otro concepto, dineros que se deberán devolver de manera indexada a la fecha de su pago. A su vez, le ordenó a ésta acreditar como semanas efectivamente cotizadas las de sus aportes, a reactivar su afiliación como si nunca se hubiera trasladado (Archivo 11, C001).

En síntesis, el juez de primer grado consideró que conforme a la normatividad vigente para la época del traslado de régimen de la demandante y a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, el deber de información está radicado en cabeza de las AFP. En ese orden, estableció que al proceso no se aportaron medios de convicción tendientes a demostrar la información suministrada a la demandante al momento de efectuar su traslado al RAIS; a su vez, señaló que a pesar de que se allegó el formulario de afiliación suscrito por el demandante, dicha documental no era prueba de la información que debió ser suministrada al momento del traslado, ya que se trataba de un formato pre-impreso. Tuvo en cuenta la situación particular de la demandante de cara al desconocimiento de los dos regímenes, así como la diferencia entre cada uno de ellos.

En lo relacionado con la prescripción para reclamar la declaratoria de ineficacia del traslado, anotó que dicha acción no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción del derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por lo tanto, resulta imprescriptible.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Porvenir SA interpuso recurso de apelación, al efecto adujo que cumplió con los requisitos previstos para la época del traslado, además el formulario fue establecido por la superintendencia financiera conforme la Ley que regula la materia y se presume auténtico; que no es aplicable el Decreto 663 de 1999 enunciado por el despacho en lo relacionado con el estatuto del consumidor financiero, pues para ese momento no tenía la calidad de usuario; en lo relacionado con la inversión de la carga de la prueba, que en estos eventos no es

aplicable, pues quien afirma es quien debe probar.

Expuso que el demandante tenía el deber de informarse sobre las leyes que regulan los regímenes de pensiones, como quiera que son de público conocimiento; que se deben tener en cuenta las condiciones del demandante; que el actor ratificó su voluntad con la permanencia en el RAIS por más de 20 años; que tuvo la posibilidad legal de regresar al RPM, no obstante, no lo hizo, y solo solicita el traslado cuando este ya no es viable.

En lo tiene que ver con el traslado de recursos, indicó que se encuentra establecido en la ley, por lo que no resulta viable la devolución de los gastos de administración y primas de seguros, además si se tiene en cuenta que la administradora realizó sus funciones y generó los rendimientos; y que, se debe aplicar la prescripción, como quiera que estas sumas no hacen parte del capital destinado a financiar la prestación.

Colpensiones inconforme con la decisión, manifiesta que el actor no tenía una expectativa legítima, además que se encuentra inmerso en la prohibición legal de traslado y no era beneficiario del régimen de transición; que la sola afirmación de la disminución del valor de la mesada que le sería reconocida en uno y otro régimen no es prueba del engaño alegado. Aduce que la AFP Porvenir cumplió con su deber; y que, existió un descuido por parte del demandante en su situación pensional, quien además ratificó su voluntad de permanecer en el RAIS.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 2 de junio de 2022 se admitieron los recursos de apelación interpuestos por la AFP Porvenir SA y por la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta en su favor, y conforme a lo normado en el art. 15 del Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar.

Las demandadas presentaron las alegaciones reiterando los argumentos expuestos en la contestación a la demanda y en el recurso de apelación (archivo 5 y 6, C002)

VI. ACLARACIÓN PREVIA

Resulta necesario aclarar que, la suscrita Magistrada Ponente no comparte las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, en sede de tutela y en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos de esa índole de los que ha conocido, había adoptado decisiones apartándose razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en providencias cuyas consideraciones no contaban con mayoría, analizando lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, así como las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, de conformidad con lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, se acata en este asunto y en los sucesivos, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

VII. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo previsto en los artículos 66A y 69 del CPTSS, el problema jurídico a resolver, consiste en verificar si el traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, surtió plenos efectos jurídicos, o si por el contrario,

fue ineficaz por falta de información suficiente por parte de la administradora del RAIS demandada, que le permitiera contar con un consentimiento informado en la celebración del acto jurídico; y en tal caso, cuáles son las consecuencias jurídicas de tal declaratoria.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** el demandante nació el 16 de septiembre de 1961 (pág. 35, archivo 01, C001); **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 7 de junio de 1995 y hasta el 31 de marzo de 2000, 237,57 semanas (pág. 37-42, archivo 01, C001); **iii)** se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Porvenir, el 28 de febrero de 2000, con fecha de efectividad de 1º de abril de 2000 (pág. 56, archivo 01, C001), con un total de 1553 semanas cotizadas para el 10 de junio de 2021, según lo informado en la historia laboral que reposa en las páginas 57 a 62 del archivo 01.

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

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

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

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

estuviera ‘preimpresa’ en el formulario de vinculación, de que la decisión que está tomando el afiliado es libre, espontánea y sin presiones, norma esta, que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

Adicionalmente, conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Así, en sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008 rad. 31989 reiterada en la CSJ SL, 6 dic. 2011 rad. 31314, expresó:

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

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

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

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

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

Así las cosas, conforme la jurisprudencia en cita, al alegarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al fondo de pensiones, sin importar si el afiliado era o no beneficiario del régimen de transición, o tenía una expectativa pensional legítima para el momento del traslado, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente de la Sala de Casación Laboral citado.

En el caso que ocupa la atención de esta Sala, el demandante se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Porvenir, por solicitud del 28 de febrero de 2000, AFP en la que se encuentra actualmente afiliado, y si bien en el formulario de vinculación se hace referencia expresa a que la decisión se adoptó de manera libre, espontánea y sin presiones, conforme al mandato del art. 114 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con lo previsto en el art. 11 del Decreto 692 de 1994, así como que había sido asesorado sobre los aspectos del régimen al que se trasladaba, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

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

Ahora bien, en lo que respecta a si debían demostrarse o no vicios en el consentimiento y los efectos de la falta de información previa al traslado de régimen pensional, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia CSJ SL1501-2022, precisó:

El enfoque de la Corte para abordar esta problemática, es la ineficacia, que apunta a la trasgresión o contrariedad del ordenamiento jurídico --normas que son de orden público--, que por tal razón trascienden la esfera del interés personal de los intervinientes por estar así determinado en la ley, según lo señalado en el artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo y en los preceptos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, y que por lo mismo no resulta ser un defecto subsanable, como lo podría ser la nulidad relativa.

Ahora bien, la construcción jurisprudencial de la ineficacia en esa particular materia se ha basado, precisamente, en dejar de lado el estudio sobre el elemento «*consentimiento*» para buscar en éste la prueba de uno de los vicios: error, fuerza y dolo, atinentes a la *validez*, para, en su lugar, centrar el análisis en el «*deber de información y buen consejo*» que compete a las administradoras en cumplimiento de las normas de orden público que regulan la materia, tal como lo ha entendido esta Sala de la Corte.

Se sigue de lo anterior, por ejemplo, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación no suple en manera alguna el deber de información, con el nivel de calidad que la jurisprudencia ha venido exigiendo, ni resulta ser demostrativo de haberse satisfecho en debida forma la mentada exigencia (CSJ SL1741-2021 en la que se memoran las sentencias CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017), como equivocadamente lo entendió el Colegiado de instancia.

Y en la CSJ SL5292-2021, en sede de instancia, advirtió:

De otro lado, ha dicho 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 su propio patrimonio, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Por otra parte, respecto a los traslados posteriores y los actos de relacionamiento, se advierte que la alta corporación, en sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL5686-2021 precisó que una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto no se convalida por los tránsitos que los afiliados hagan entre administradoras del régimen de ahorro individual. Así lo expuso en la primera decisión citada:

Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP Porvenir, que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración del acto jurídico de traslado de régimen, para establecer la existencia de un consentimiento informado por parte del afiliado para esa época, tal como lo concluyó la *a quo*, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico de la afiliación al régimen de ahorro individual, y se **confirmará** la decisión de declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** de régimen pensional realizado por el demandante el 28 de febrero de 2000, con su afiliación a la AFP Porvenir.

De conformidad con la citada jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se retrotrae la situación al estado en el que se hallaría si el acto jamás hubiera existido, dejando sin efecto también los traslados posteriores, si los hubo, y las administradoras de fondos de pensiones respectivas deben devolver con destino a Colpensiones, la totalidad de aportes pensionales efectuados con ocasión del traslado, así como los rendimientos financieros, bonos pensionales, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y gastos de administración, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado, y demás conceptos objeto de devolución (CSJ SL1022-2022, CSJ SL1017-2022, CSJ SL1125-2022), puesto que dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social, y resultan necesarios para la financiación de las prestaciones económicas que correspondan en el régimen de prima media, en los términos de la jurisprudencia vigente, tal como fue ordenado por la *a quo*.

Respecto a la excepción de prescripción, el órgano de cierre de esta jurisdicción ha precisado de manera reiterada que la acción de ineficacia de traslado 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»*¹, por lo que resulta acertada la decisión del juez de primera instancia, y ello se hace extensivo a la totalidad de conceptos que son objeto de devolución, como consecuencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen.

En razón a las anteriores consideraciones, se **confirmará** la decisión de primer grado.

Sin costas en la alzada.

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

¹ CSJ SL1688-2019.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 28 de marzo de 2022, por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá DC, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado

Hipervínculo al expediente digital*

[11001310502320210045501](https://expediente.digita.gov.co/11001310502320210045501)

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **8dda033468db32a37119f1c886d314164835068adadb3883dc0f86ab5fdc8fa**

Documento generado en 02/11/2022 02:51:40 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



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

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 11001 31 05 **023 2021 00155 01**
DEMANDANTE: JULIO CESAR ESCOBAR NEIRA
DEMANDADO: COMPAÑÍA DE MEDICINA PREPAGADA COLSANITAS SA Y KERALTY SAS

Bogotá DC, treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022)

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes, contra la sentencia proferida el 9 de septiembre de 2021, por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. CUESTIÓN PREVIA

AUTO

Verificadas las actuaciones que anteceden, y la solicitud elevada por el apoderado judicial de la parte demandante en su apelación, relacionada con decretar como pruebas en segunda instancia las documentales solicitadas en el acápite de pruebas de la demanda, a fin de que la demandada allegue al proceso lo atinente a la hoja de vida del actor, certificación laboral y manual de funciones, es preciso anotar que la misma no reúne los presupuestos contenidos en los artículos 83 y 84 del CPTSS, en la medida en que dicho medio de convicción solicitado en el escrito inicial, fue objeto de pronunciamiento en la primera instancia, tal como se desprende de la audiencia realizada el 31 de agosto de 2021, sin que ese extremo procesal hubiera presentado inconformidad ante la decisión de decreto de pruebas.

En todo caso, si el apoderado de la parte actora consideraba que lo aportado por las demandadas en sus contestaciones no correspondía a lo solicitado en el respectivo acápite, debió hacer uso de los recursos previstos en la Ley.

En consecuencia, la Sala **RECHAZA** la solicitud de decreto de pruebas elevada por el apoderado judicial de la parte demandante.

II. ANTECEDENTES

Pretende el demandante, que se declare que estuvo vinculado con la EPS Colsanitas (cuya matriz o empresa controladora es Keralty SAS) mediante un contrato de trabajo a término indefinido, en aplicación del principio de primacía de la realidad sobre lo formal, en el cargo de auxiliar de cuentas médicas; que pasó a ser analista de planeación y control, laborando en jornadas que excedían de la jornada máxima legal; que la terminación del contrato fue arbitraria e injusta, sin que se le hubiesen informado los motivos, por cuestiones personales mas que institucionales o empresariales, por que el despido se torna en inconstitucional; y que, su indemnización no fue debidamente liquidada. En consecuencia, solicita que se condene a la demandada a reintegrarlo al puesto que desempeñaba al momento del despido, el 24 de abril de 2018, o en uno de igual o mejor categoría, al pago de los salarios, prestaciones, vacaciones, dejados de devengar entre el despido y la fecha en que se produzca el reintegro, todas las sumas indexadas; al pago de los aportes al sistema de seguridad social integral; de manera subsidiaria, al pago de los perjuicios morales causados, que estima en 100 smmlv.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, manifestó que prestó sus servicios a la EPS Sanitas entre el 22 de enero y el 1º de marzo de 2008, y del 2 de enero de 2009 al 30 de octubre de 2016; que prestó sus servicios a la Compañía de Medicina Prepagada Colsanitas SA, del 2 de marzo de 2008 al 1º de enero de 2009 y del 30 de octubre de 2016 al 24 de abril de 2018; que EPS Sanitas y la Compañía de Medicina Prepagada Colsanitas SA forman parte de Keralty SAS; que Colsanitas SA terminó el contrato de trabajo sin justa causa a partir del 24 de abril de 2018, momento para el cual desempeñaba el cargo de analista de planeación y control con una asignación mensual de \$2.814.000.

Afirmó que su vinculación lo fue a través de un contrato de trabajo a término indefinido, bajo el cumplimiento de un horario laboral, de lunes a viernes de 07:45 am a 06:15 pm; que tuvo resultados satisfactorios en sus evaluaciones de desempeño y no fue objeto de procesos disciplinarios; que era objeto de requerimientos en horarios no laborales; que no le fue realizado el examen médico de retiro; que el 3 de julio de 2018 elevó solicitud a la demandada donde peticionaba el reintegro junto el pago de salarios y prestaciones, frente a lo cual el 23 de julio del mismo año obtuvo respuesta negativa de fecha; que la demandada no tuvo proceso de reingeniería, supresión de cargos, cierre del área comercial, o similares que justificaran su despido; y que, no recibió indemnización por el daño moral ocasionado por el despido (pág. 1-14, archivo 01, C001).

III. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue admitida el 13 de julio de 2021, ordenando su notificación y traslado a los demandados (f.º 34), quienes dieron respuesta en término oportuno.

La **Compañía de Medicina Prepagada Colsanitas SA**, se opuso a las pretensiones. Arguyó que se dio por finalizado el contrato de trabajo de forma unilateral y sin justa causa, y conforme a la condición resolutoria se pagó la indemnización contemplada en el artículo 64 del CST; que el demandante no informó a la empresa que ostentaba alguna condición especial, que lo hiciera beneficiario de fuero alguno o de protección especial de estabilidad laboral reforzada, en particular, la condición de padre cabeza de familia; que canceló todas las acreencias debidas; y que, el actor se encuentra vinculado laboralmente. Formuló las excepciones que denominó prescripción, inexistencia de nexo causal entre alguna condición especial de protección en favor del demandante y la terminación del contrato, inexistencia de violación de derechos fundamentales por parte de mi representada, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y falta de título y causa del demandante, legalidad de la actuación de la empresa Colsanitas SA, carencia del derecho, buena fe, temeridad y mala fe y compensación (archivo 03, C001).

Keralty SA, se opuso a las pretensiones. Señaló que, en este asunto, no es objeto de debate la unidad de empresa respecto de las demandadas, en tanto, las dos empresas conservan autonomía e independencia frente a las relaciones

contractuales que celebren con sus trabajadores o hayan celebrado con sus ex trabajadores; que la situación de grupo empresarial no conlleva la existencia de la unidad de empresa; que el demandante no ha tenido un contrato de trabajo con esta demandada; que no existe responsabilidad solidaria en virtud de la autonomía e independencia de las demandadas, aunado a la diferencia de los objetos sociales. Formuló las excepciones que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la relación laboral, carencia del derecho, cobro de lo no debido y falta de título y causa del demandante, inexistencia de la obligación pretendida, buena fe y prescripción (archivo 04, C001).

IV. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 9 de septiembre de 2021, absolvió a las demandadas de las pretensiones incoadas en la demanda.

Consideró que el actor no acreditó alguna circunstancia especial que lo hiciera beneficiario de la protección laboral reforzada, que la del padre cabeza de familia fue una medida adoptada en la reestructuración de la administración pública, protección que se determinó únicamente para los empleados del sector público, sector al que no pertenece el demandante; además no reúne los requisitos para considerarse padre de familia en los términos de la Corte Constitucional, pues cuenta con su compañera quien no tiene afectación de salud alguna o que hubiera abandonado el hogar. Así las cosas, no se encuentra en alguna de las circunstancias bajo las cuales procede el reintegro y las consecuentes acreencias de carácter laboral.

En relación con los perjuicios morales, tuvo en cuenta que el empleador hizo uso de la facultad discrecional para dar por terminado el contrato de trabajo, con el pago de la indemnización por despido; que si bien la indemnización comprende solo el lucro cesante y el daño emergente, por lo que resultaría procedente el pago de los perjuicios morales en los términos sentados por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, advirtió que el actor no cumplió con la carga de la prueba de demostrar la afectación que tuvo el despido sobre su salud o en su entorno familiar.

V. RECURSOS DE APELACIÓN

La parte **demandante** presentó recurso de apelación contra la sentencia, respecto de la decisión de la *a quo* de no condenar a la demandada por los perjuicios morales por la pérdida del empleo que el demandante no estaba en capacidad de soportar.

Señaló, que no está en controversia que se trató de un despido injusto, en este orden el problema jurídico debió girar en torno a la inconstitucionalidad del despido del demandante, el cual fue con abuso del derecho y discriminación; que no es entendible que si se trataba de un trabajador que cumplía con sus deberes y si no existe supresión de empleo, sea despedido; que esa arbitrariedad no puede justificarse en el artículo 64 del CST, el que no comprende una reparación integral ante la evidente falta de la indemnización por perjuicios morales y cita la sentencia CC T239-2018, pues no supo las razones del despido.

Consideró, que se debía aplicar la excepción de inconstitucionalidad del artículo 64 del CPTSS; que no debía demostrar la existencia de una patología, al tener en cuenta que esta afectación proviene del fuero interno de cada ser (CSJ SL14618-2014); que el actor es padre de familia, y su hija menor de edad depende económicamente de él; y, solicitó se considere la tacha de sospechoso respecto de los testigos llamados por la demandada.

VI. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 6 de diciembre de 2021 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante; y, conforme a lo normado en el art. 15 del Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a cada una para alegar (archivo 01, C002).

Las partes presentaron alegaciones reiterando los argumentos expuestos, en la demanda, en la contestación y en la sustentación del recurso de apelación respectivamente (archivo 02 y 03, C002).

VII. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada, y conforme a lo dispuesto en el art. 66A del CPTSS, los problemas jurídicos en este asunto consisten en determinar **i)** si resulta aplicable la excepción de

inconstitucionalidad del artículo 64 del CPTSS, y **ii)** si es procedente la condena por perjuicios morales.

No existe controversia en lo relacionado con la existencia del contrato de trabajo mediante el cual fue vinculado el demandante, a partir del 22 de enero de 2008 con la EPS Sanitas (pág. 71-75, archivo 001, C001), y que se extendió hasta el 24 de abril de 2018, fecha en la cual el empleador dio por finalizada la relación sin justa causa (pág. 76, archivo 001, C001), y en consecuencia procedió con el pago de la indemnización respectiva (pág. 77, archivo 001, C001).

La parte demandante pretendió la ineficacia del despido con el consecuente reintegro, o el pago de los perjuicios morales, alegando la excepción de inconstitucionalidad del artículo 64 del CST, precisando en el recurso, que la terminación del contrato de trabajo por parte del empleador fue discriminatorio y en abuso del derecho.

En criterio de la Sala, para que un despido pueda ser catalogado como ilegal o ineficaz, es preciso que las disposiciones que rigen las relaciones de trabajo, ya sean de orden legal, extra o supralegal, presupuesten taxativamente algún tipo de estabilidad reforzada en el empleo, como por ejemplo, a través de la consagración de un fuero especial de protección, atendiendo a las condiciones particulares del trabajador o de la previsión que se haga en tal sentido, en la convención colectiva, el reglamento interno de trabajo, entre otros.

En ese orden, se encuentra que la Legislación Nacional, define casos específicos en los que se restringe la potestad que ostenta el empleador de dar paso al finiquito laboral sin causa justificada, como son, el fuero de salud establecido en la Ley 361 de 1997, el fuero circunstancial contemplado en el art. 25 del Decreto 2351 de 1965, el fuero sindical previsto en el art. 405 del CST, el de maternidad estatuido en el art. 239 *ibídem*, el que protege a los trabajadores víctimas de conductas de acoso laboral, señalado en el art. 11 de la Ley 1010 de 2006.

Y, salvo los eventos en que excepcionalmente se consagra la estabilidad laboral reforzada, por regla general el empleador, bajo los estamentos de los art. 62, 63 y 64 del CST, cuenta con la potestad de terminar el contrato de trabajo, con o sin justa causa, o por un modo legal de terminación, y en su caso, pagando la indemnización respectiva, sin que converja la ineficacia del despido.

En lo relación con la excepción de inconstitucionalidad se tiene que en la sentencia constitucional SU132 de 2013, se definió como «la *facultad o posibilidad (o si se quiere, una herramienta) de los operadores jurídicos, en tanto no tiene que ser alegada o interpuesta como una acción; pero se configura igualmente como un deber en tanto las autoridades no pueden dejar de hacer uso de ella en los eventos en que detecten una clara contradicción entre la disposición aplicable a un caso concreto y las normas constitucionales*».

Para la Sala, es claro que el empleador procedió bajo los parámetros dados por la ley y por ello finalizó el vínculo contractual con el demandante y realizó el pago de la indemnización que tal acto genera, sin que se advierta que el actor gozara de algún fuero de estabilidad que generara la permanencia en el empleo. Tampoco se advierte una circunstancia especial por la que se deba inaplicar lo previsto en el artículo 64 del CST, en tanto se trata de una norma que no pugna con las disposiciones constitucionales, que no contemplan una estabilidad laboral absoluta, sino relativa, en consonancia con la libertad de empresa, como quiera que, se reitera, es una facultad dada legalmente al empleador.

Ahora bien, respecto de la referencia hecha por la parte actora a la sentencia CC T-239-2018, debe precisarse que los fallos de tutela emitidos por la Corte Constitucional, tienen por regla general efectos *inter partes*, esto es, respecto de las partes involucradas en el trámite, sin que sea procedente que la regla definida en ellas se aplique a terceros que no fueron parte de la actuación constitucional, a menos de que la Corte decida modular el fallo extendiendo sus efectos a personas que, estando en situación equiparable al accionante, no hayan instaurado acción de tutela, o que, acudiendo al mecanismo obtuvieron pronunciamientos diferentes (SL2350-2020 y SL5079-2020). Además, los fundamentos fácticos allí expuestos no se acompañan con los hechos que sustentan el asunto puesto a consideración de la Sala en esta oportunidad.

De otra parte, el órgano de cierre de esta especialidad ha adoctrinado que, la indemnización por despido injusto prevista en el artículo 64 del CST, contempla el lucro cesante y el daño emergente; no obstante, cuando se trate de una actitud del empleador que tiene como fin generar daño en el trabajador, es procedente el resarcimiento del daño moral; al respecto, en la sentencia CSJ SL4510-2018, precisó:

Esa posición del ad quem tiene fundamento en la jurisprudencia de esta sala que, sobre el punto, ha dicho que la indemnización del artículo 64 del CST contempla el lucro cesante y el daño emergente por el simple despido sin justificación, lo que no impide que se pueda resarcir el daño moral cuando provenga una conducta reprochable del empleador que causa daño al trabajador.

En la sentencia SL14618-2014, se asentó:

Aun cuando el Código Sustantivo del Trabajo prevé una indemnización ante la terminación unilateral del contrato sin justa causa, la misma únicamente comprende, en los términos de su artículo 64, el lucro cesante y el daño emergente. Esto significa que es posible que se resarza el daño moral cuando quiera que se pruebe que este se configuró ante una actuación reprochable del empleador, que tenía por objeto lesionarlo, o que le originó un grave detrimento no patrimonial.

Ello ha sido aceptado por esta Sala, inclusive en reciente sentencia CSJ SL1715/2014, en la que se consideró:

En el plano jurídico, esta Sala es del criterio de que el daño moral siempre debe ser resarcido; por ejemplo, en la sentencia CSJ SL, 12 de Mar 2010, Rad. 35795 se discurrió:

Pese a que encontró que la jurisprudencia civil ha reconocido la posibilidad de que se causen perjuicios morales por el incumplimiento de un contrato, seguidamente el Tribunal aseveró que en materia laboral la única indemnización reconocida es la que surge de la terminación del contrato de trabajo y que la acción pertinente, en este caso, no pertenecía al derecho laboral, dado que los perjuicios invocados no provienen directa ni indirectamente de un contrato de trabajo.

Para la Sala, al discurrir de esa manera, incurrió el Tribunal en los quebrantos normativos que se le imputan porque, en primer lugar, es claro que la obligación de indemnizar perjuicios morales en materia laboral no se contrae exclusivamente a la terminación del contrato de trabajo, ya que, como lo ha reconocido de tiempo atrás la jurisprudencia, acudiendo a principios generales del derecho, el daño moral siempre debe ser resarcido, independientemente de la fuente de su origen. Aparte de ello, en el Código Sustantivo del Trabajo hay normas de las que se desprende que, al lado de la extinción del vínculo jurídico, existen otros hechos que pueden dar origen a un daño moral que debe ser indemnizado. Tal el caso del artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo.

Es que la indemnización tarifada ante la terminación del contrato, como se dijo, solo cubre el daño patrimonial y deja por fuera que en excepcionales eventos, el trabajador puede demostrar que el despido realizado de manera injusta y arbitraria trajo consigo el menoscabo de aspectos emocionales de su vida tanto en lo íntimo, como en lo familiar o social.

En este orden, en lo que importa al recurso, el actor como sustento de la pretensión relacionada con el perjuicio moral, alegó su calidad de padre cabeza de familia (pág. 87, archivo 01, C001), y que la compañera permanente e hija dependen económicamente de él.

Allegó acuerdo de pago con el Banco Falabella (pág. 92-93, archivo 01, C001); correo electrónico que pone de presente la condonación con el Banco Itau (pág. 94-97, archivo 01, C001); acuerdo de pago con el Banco BBVA (pág. 98, archivo 01, C001); y certificación de deuda del Banco Davivienda de la que se observa que se encuentra al día en los pagos (pág. 99, archivo 01, C001).

La representante legal de **Colsanitas SA**, al absolver interrogatorio de parte, dio cuenta de la relación laboral del demandante con esa empresa y la manera en que se desarrolló la misma y como se dio su terminación. Manifestó no conocer alguna condición médica, o cualquier otra que pudiera generar estabilidad laboral al actor.

El **demandante** en su interrogatorio de parte, manifestó que al momento del despido no tenía incapacidad o restricciones médicas y que le fue cancelada la indemnización respectiva. Relató lo concerniente a las circunstancias en que se desarrolló el contrato de trabajo; que al finalizar la relación laboral no requirió atención médica psicológica.

Se escucharon los testigos **José Manuel Cortes Bonilla** y **Julián Alberto Rojas Cepeda**, quienes afirmaron ser empleados de la demandada, dijeron conocer al demandante y que fue empleado de Colsanitas SA, que el último cargo fue el de analista de datos. Dieron cuenta de la prestación del servicio por parte del actor, las funciones que desempeñó y el horario asignado; así como el tiempo suplementario en que laboró.

De las pruebas referidas no se advierten afectaciones psicológicas o a la salud del demandante que se puedan predicar como consecuencia del despido, pues de las documentales relacionadas con las obligaciones financieras se tiene que obtuvo beneficios que le permitieron continuar con el cumplimiento de sus obligaciones. Tampoco acreditó el demandante que tal hecho le hubiera generado trastornos, afecciones o similares en su salud, en sus relaciones interpersonales o en su entorno familiar que den lugar a la indemnización de perjuicios aquí pretendida.

En este punto resalta la Sala que, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia tiene definido que, es necesario acreditar la existencia de los perjuicios para que proceda su pago, sin que le sea permitido al juez su presunción o deducción a partir de conjeturas o suposiciones (CSJ SL572-2018, CSJ SL4510-2018).

Finalmente, en lo relacionado con la tacha de sospecha de los testigos José Manuel Cortés Bonilla y Julián Alberto Rojas Cepeda, se tiene que la misma no prospera, pues tal como lo indicó el *a quo*, los deponentes dieron cuenta de la

relación laboral, y no se advierte alguna situación de la cual se pretendieran favorecer.

Por lo anterior, habrá de **confirmarse** la sentencia apelada. Sin costas en la alzada ante su no causación.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 9 de septiembre de 2021, por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá DC, de conformidad con lo expuesto en las consideraciones anteriores.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: Esta sentencia se notificará a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del CPTSS.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado

Enlace expediente digital:

https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/Eu79WP_CBm9NrBUdaFVCS1oBs1NScHGrRkFeM_eWTbPSdw?e=m9ocVb

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **ace34119336c953fba0d6e12339bed83b1a0ebd51eda1c805ee63377ff964291**

Documento generado en 02/11/2022 02:51:32 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>