República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **01 2020 00305 01**
Demandante:	DIAN
Demandado:	ALIANSALUD ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 20 de octubre de 2022 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE LA DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN promovió demanda ordinaria laboral en contra de ALIANSALUD E.P.S., con el fin que se declare que en calidad de empleador de GUILLERMO IVÁN FOLLECO MORA, ISABEL CAMACHO DE CASTELLANOS, SILVIA ROSA HERRERA DÍAZ, NELLY ESPERANZA PADILLA LUQUE, GUIOMAR LOPEZ FLORES, MAGDALENA ELIZABETH ARANGUREN CASTIBLANCO, MARIBEL DEL CARMÉN AVILA ARZUZA, AURA NELCY SIERRA SANTAMARIA, MYRIAM LEONOR BARRAGÁN, NOHORA PEDRAZA DUQUE ARAQUE, MERY NELCY VÁSQUEZ AYA, ISABEL CAMACHO DE CASTELLANOS,

MARÍA LUZ NANCY MATEUS ARÉVALO y LUIS FERNANDO OSORIO RUBIANO, sufragó de forma oportuna la totalidad de las incapacidades generadas a dichos trabajadores en los periodos que se indican en la demanda, por ende, tiene derecho al reconocimiento y pago de las incapacidades generadas por enfermedad general y que fueron expedidas por la demandada a favor de los citados trabajadores.

Como consecuencia de tal declaración, pretende se condene a la convocada a juicio a pagar el valor de las incapacidades que expidió en los periodos que refiere en el libelo demandatorio y que fueron concedidas a favor de los mencionados trabajadores y que canceló en su condición de empleador. De la misma forma, pretende se condene al pago de los intereses moratorios conforme lo normado en el artículo 4º del Decreto Ley 1281 de 2002, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra* y *extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, la activa hizo mención al cargo que desempeñan GUILLERMO IVÁN FOLLECO MORA, ISABEL CAMACHO DE CASTELLANOS, SILVIA ROSA HERRERA DÍAZ, NELLY ESPERANZA PADILLA LUQUE, GUIOMAR LOPEZ FLORES, MAGDALENA ELIZABETH ARANGUREN CASTIBLANCO, MARIBEL DEL CARMÉN AVILA ARZUZA, AURA NELCY SIERRA SANTAMARIA, MYRIAM LEONOR BARRAGÁN, NOHORA PEDRAZA DUQUE ARAQUE, MERY NELCY VÁSQUEZ AYA, ISABEL CAMACHO DE CASTELLANOS, MARÍA LUZ NANCY MATEUS ARÉVALO y LUIS FERNANDO OSORIO RUBIANO en la entidad y al extremo inicial de la relación laboral que sostienen; además enfatizó que se encuentran afiliados en la EPS demandada, y que en uso de los servicios que les presta, expidió incapacidades por los lapsos que se indican en el libelo demandatorio a cada uno de los aludidos afiliados.

Seguidamente, expuso que la Coordinación de Seguridad Social del Nivel Central de la DIAN realizó el cobro de las incapacidades generadas a nombre

de los mencionados trabajadores a la accionada, las cuales además de conceder, sufragó en su totalidad a cada trabajador, sin que la pasiva haya realizado el pago del valor total que reconoció. (archivos 03 y 06).

1.3 CONTESTACIONES DE LA DEMANDA:

ALIANSALUD E.P.S., contestó la demanda con oposición a las pretensiones que se enlistan en el libelo introductorio, aduciendo que pagó las incapacidades que se deprecan en la demanda.

Formuló como medios exceptivos los denominados pleito pendiente en algunas de las incapacidades, prescripción, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, falta de causa jurídica, buena fe y la genérica o innominada. (Archivo 08).

En audiencia de que trata el artículo 77 del C.P.T. y de la S.S., llevada a cabo el 14 de junio de 2022, en la etapa de fijación del litigio el apoderado de la entidad demandante precisó (minuto 18:50), que la presente acción continuaría solo respecto de las pretensiones que elevó por SILVIA ROSA HERRERA DÍAZ, a razón de la incapacidad expedida del 26 de agosto al 2 de septiembre de 2015, por la que pagó $1.571.200 y sobre la cual solo reconoció la demandada $1.110.578, generando una diferencia a favor de $460.622; y por GUIOMAR LÓPEZ FLÓREZ, por la incapacidad otorgada del 26 de octubre al 9 de noviembre de 2015, sobre la cual reconoció $780.867 y la EPS únicamente pagó $564.917, quedando pendiente de pago $215.950. (Archivos 14 y 15).

En esa medida, se advierte que la entidad demandante pretende se declare que, en calidad de empleador de SILVIA ROSA HERRERA DÍAZ, pagó de forma oportuna y total la incapacidad laboral que expidió la encartada por concepto de enfermedad general del 18 al 25 de agosto de 2015 y del 26 de agosto al 2 de septiembre de 2015. Igualmente, solicita se declare que pagó a la trabajadora GUIOMAR LOPEZ FLOREZ, la incapacidad laboral que expidió la

demandada a dicha afiliada, por concepto de enfermedad general del 26 de octubre al 9 de noviembre de 2015.

Consecuencialmente, pretende se condene a la enjuiciada a pagar el valor de las incapacidades generadas del 18 al 25 de agosto de 2015 y del 26 de agosto al 2 de septiembre de 2015 a SILVIA ROSA HERRERA DÍAZ; y del 26 de octubre al 9 de noviembre de 2015 a GUIOMAR LOPEZ FLOREZ, las cuales sufragó en su calidad de empleador.

Sustenta tales aspiraciones aduciendo que, SILVIA ROSA HERRERA DÍAZ labora para la DIAN desde el 19 de mayo de 1981, y en la actualidad desempeña el cargo de INSPECTOR II Código 306 Grado 06. Igualmente, relató que dicha servidora se encuentra afiliada en la EPS demandada e hizo uso de los servicios de salud que presta del 26 de agosto al 2 de septiembre de 2015, por lo que le fue generada licencia por enfermedad general por ocho (8) días. Además, indicó que dicha incapacidad es prórroga de las incapacidades expedidas del 28 de julio al 16 de agosto de 2015 y del 18 al 25 de agosto de 2015.

Agregó que, el 23 de junio de 2016 con oficio No. 100214309-0937-2015 la Coordinación de nómina envió solicitud de pago a la EPS accionada, la cual adeuda por la incapacidad del 26 de agosto al 2 de septiembre de 2015, la suma de $460.622, ya que pagó a la trabajadora $1.571.200 sobre un IBC de $8.838.000, sin embargo, la encartada solo pagó $1.110.578.

De otro lado, adujo que GUIOMAR LÓPEZ FLÓREZ labora para la activa desde el 24 de mayo de 1999, desempeñando el cargo de FACILITADOR III, Código 103 Grado 03. Además, refirió que dicha servidora se encuentra afiliada en la EPS demandada, en consecuencia, hizo uso de los servicios de salud del 26 de octubre al 9 de noviembre de 2015, expidiéndose licencia por enfermedad general por quince (15) días, a razón de la cual la directora (E) Seccional de

Aduanas de Bogotá concedió licencia por enfermedad general a la citada trabajadora.

Precisó la referida incapacidad es inicial, según licencia No. 277 1052918; adicionalmente, narró que el 19 de julio de 2016 con oficio No. 10021 4309-1071-2016 la Coordinación de Nomina solicitó el pago de la incapacidad a la demandada, la cual pagó a la servidora en suma de $780.867 sobre un IBC de $2.703.000, sin embargo, la encartada reconoció $564.917, quedando pendiente de pago la suma de $215.950.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 20 de octubre de 2022, absolvió a la demandada de las pretensiones elevadas en su contra, declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación; cobro de lo no debido y buena fe y condenó en costas a la activa.

Para arribar a dicha conclusión, el fallador de instancia precisó que de acuerdo con la manifestación que realizó la activa en la etapa de fijación del litigio, el debate se circunscribiría a las pretensiones que se elevaron por las trabajadoras a SILVIA ROSA HERRERA DÍAZ y GUIOMAR LOPEZ FLOREZ, ello teniendo en cuenta que en el escrito introductorio se enlistaban otras pretensiones por otros trabajadores.

Más adelante, hizo mención a las pruebas recaudadas en el trámite procesal, además hizo alusión al artículo 9º del Decreto 770 de 1975, al artículo 1º del Decreto 2943 de 2013, artículo 142 del Decreto Ley 19 de 2012 y el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015 y al Decreto 373 de 2018, que indican quien está a cargo del pago del auxilio por incapacidad. Así las cosas, adujo que las incapacidades que se reclaman por las dos trabajadoras antes referidas, le fueron pagadas a la entidad demandante de acuerdo con los dispuesto en el Decreto 770 de 1975, es decir, con el monto del IBC correspondiente al salario

del mes anterior a la iniciación de la incapacidad, lo que se corrobora con lo manifestado por la testigo ANGELA CAMPOS, por lo que despachó desfavorablemente las pretensiones elevadas en la demanda por la activa; declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y buena fe, e igualmente la condenó en costas y agencias en derecho.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la demandante la apeló. Argumentó en su alzada que las pretensiones que eleva en el *petitum* cuentan con respaldo probatorio el cual obra en el expediente, como son las planillas de liquidación, las certificaciones de los rubros cancelados, los comprobantes de incapacidad y los requerimientos efectuados a la EPS, entre otros, los cuales no fueron tachados ni argüidos de falsos por la demandada.

De otro lado, adujo que desde la demanda y en los alegatos de conclusión, se puso de presente que existe una diferencia de criterio respecto de la aplicación de la norma, frente a la forma como se establece el ingreso base de liquidación para el pago de las incapacidades que se están cobrando, ya que la Ley 776 de 2002 determina que el mismo se cancela realizando el cálculo con base en el salario base de cotización y no como se ha interpretado por parte de la EPS y del juzgado de origen, además se debe tener en cuenta el concepto emitido por el MINISTERIO DE SALUD que señala que las liquidaciones de prestaciones económicas derivadas de las incapacidades de origen, deben ser liquidadas con el IBC reportado y sobre el cual se efectuaron aportes en el mes anterior al inicio de la capacidad, sobre lo cual no hay diferencia de criterios conforme lo concluyó la demandada y el juez de instancia en ese sentido.

Empero, es claro que debe tomarse en cuenta el salario base promedio cotización, lo que se ratifica en el Decreto 780 de 2016 que indica en su artículo 3.2.1.3 sobre el ingreso base cotización para los aportes de salud que se *"tomará como base para el cálculo de estos el valor de la nómina pagada o de los*

ingresos percibidos en el mes calendario interior a aquel que se busca cubrir, según sea el caso", lo cual encuentra respaldo en diferentes providencias emitidas por esta Corporación, entre otras en el expediente 2021 01120-01, en la que se dijo que no se toma el promedio de los últimos doce meses anteriores a la fecha de incapacidad, como lo concluyó el despacho de primer grado, sino el salario sobre el cual se cotizó, el si bien debería ser el mismo, en algunos casos puede variar a razón de algunos emolumentos que el afiliado pudo devengar el de más, insistiendo que el ingreso base de cotización debe ser el reportado en la planilla de pago de aportes sobre el que se hacen las respectivas cotizaciones, por lo que solicita se revoque el fallo confutado.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá auscultar como problema jurídico a resolver, si la encartada debe reconocer y pagar a la demandante, las incapacidades que deprecada en esta demanda por las trabajadoras SILVIA ROSA HERRERA DÍAZ y GUIOMAR LOPEZ FLOREZ.

c. Del Pago de Incapacidades:

Sea lo primero indicar, que no fue objeto de reproche que las trabajadoras SILVIA ROSA HERRERA DÍAZ y GUIOMAR LOPEZ FLOREZ hacen parte de la planta de personal de la DIAN, tal como dan cuenta las respectivas

certificaciones laborales que reposan en el plenario. (Fls. 33 y 66 archivo 04).

Tampoco el hecho que la demandada ALIANSALUD E.P.S. emitió a favor de las señoras SILVIA ROSA HERRERA DÍAZ, licencia por enfermedad general del 26 de agosto al 2 de septiembre de 2015 y en el caso de GUIOMAR LOPEZ FLOREZ, la incapacidad se expidió del 26 de octubre al 9 de noviembre de 2015 (Fls. 27 y 64 a 65 archivo 04), al igual que la EPS enjuiciada como consecuencia de dichas incapacidades efectuó unos pagos a favor de la DIAN, sin embargo, según esa entidad no fueron liquidadas debidamente.

Ahora bien, alude la demandante como argumento central que a pesar de que ALIANSALUD E.P.S. efectuó el pago de las aludidas incapacidades, no se canceló sobre el valor del IBC realmente percibido por las mencionadas trabajadoras, por lo que debe prosperar el pago de la diferencia que reclama en el libelo demandatorio.

De cara a lo anterior, y a efectos de dar solución al problema jurídico que se plantea en esta ocasión, conviene efectuar algunas precisiones, entre otras, lo atinente a la responsabilidad del pago de incapacidades, memorando que el parágrafo 1º del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999, modificado por el Decreto 2943 de 2013, señala sobre el particular:

> *"**ARTÍCULO 1.** Modificar el parágrafo 1° del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999, el cual quedará así:*
>
> *"**PARÁGRAFO 1°.** En el Sistema General de Seguridad Social en Salud serán a cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los dos (2) primeros días de incapacidad originada por enfermedad general y de las Entidades Promotoras de Salud a partir del tercer (3) día y de conformidad con la normatividad vigente.*

"En el Sistema General de Riesgos Laborales las Administradoras de Riesgos Laborales reconocerán las incapacidades temporales desde el día siguiente de ocurrido el accidente de trabajo o la enfermedad diagnosticada como laboral.

"Lo anterior tanto en el sector público como en el privado".

Adicionalmente, el Decreto 780 de 2016 establece que en el caso de los servidores públicos las cotizaciones se calcularán con base en lo dispuesto en el artículo 6º del Decreto 691 de 1994, norma que fue modificada por el Decreto 1158 de 1994 el cual se encuentra compilado en el Decreto 1833 del 2016 y que en su numeral 2.2.3.1.3 establece:

"ARTÍCULO 2.2.3.1.3. Base de cotización para los servidores públicos. El salario mensual base para calcular las cotizaciones al sistema general de pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo estará constituido por los siguientes factores:

1. La asignación básica mensual.

2. Los gastos de representación.

3. La prima técnica, cuando sea factor de salario.

4. Las primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario.

5. La remuneración por trabajo dominical o festivo.

6. La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna.

7. La bonificación por servicios prestados."

Acorde con lo anterior, conviene mencionar que el artículo 3.2.1.3 del Decreto 780 del 2016, establece sobre el *"Ingreso Base de Cotización para los aportes en salud. En el Sistema de Seguridad Social en Salud, por tratarse de un riesgo que se cubre, mediante el pago anticipado de los aportes, se tomará como base para el cálculo de éstos el valor de la nómina pagada o de*

los ingresos percibidos en el mes calendario anterior aquel que su busca cubrir según sea el caso".

Ahora, dicho precepto legal, indica en su artículo 2.1.13.4. que para que opere el reconocimiento y pago de la prestación económica de la incapacidad por enfermedad general, conforme a las disposiciones laborales vigentes, se requerirá que los afiliados cotizantes hubieren efectuado aportes por un mínimo de cuatro (4) semanas.

En otro giro, y respecto a la forma de liquidar el auxilio monetario por enfermedad no profesional, los artículos 227 y 228 del C.S.T., establecen:

> *"ARTICULO 227. VALOR DE AUXILIO. En caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores, ocasionada por enfermedad no profesional, el trabajador tiene derecho a que el empleador le pague un auxilio monetario hasta por ciento ochenta (180) días, así: las dos terceras (2/3) partes del salario durante los primeros noventa (90) días y la mitad del salario por el tiempo restante."*
>
> *"ARTICULO 228. SALARIO VARIABLE. En caso del que el trabajador no devengue salario fijo, para pagar el auxilio por enfermedad a que se refiere este Capítulo se tiene como base el promedio de lo devengado en el año de servicio anterior a la fecha en cual empezó la incapacidad, o en todo el tiempo de servicios si no alcanzare a un (1) año."*

En concepto No. 100198 emitido el 16 de junio de 2014 por el MINISTERIO DE TRABAJO, se indicó:

> *"La base para calcular el valor del auxilio por incapacidad en enfermedad general es el 66.67% del salario sobre el cual se cotizó en el último mes, para los primeros noventa (90) días de duración de la cesación de labores y del 50% para los siguientes noventa (90) días, excepto, cuando al aplicar las citadas proporciones, el resultado sea inferior al mínimo vigente, caso en el cual la compensación tiene que ser igual al 100% del salario mínimo. Los primeros dos días de incapacidad del trabajador deben ser asumidos por la empresa, conforme a lo establecido por el Decreto 2943 del 17 de Diciembre de*

2013, por medio del cual se modifica el parágrafo 1° del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999."

En consonancia con lo anterior, el artículo 2.2.3.3.1 del citado Decreto 780 del 2016, señala sobre las condiciones para el reconocimiento y pago de incapacidades de origen común, lo siguiente:

"Para el reconocimiento y pago de incapacidades de origen común, deben acreditarse las siguientes condiciones al momento del inicio de la incapacidad:

1. *Estar afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en calidad de cotizante, incluidos los pensionados con ingresos adicionales.*

2. *Haber cotizado efectivamente al Sistema General de Seguridad Social en Salud, como mínimo cuatro (4) semanas, inmediatamente anteriores al inicio de la incapacidad. El tiempo mínimo de cotización se verificará a la fecha límite de pago del periodo de cotización en el que inicia la incapacidad.*

3. *Contar con el certificado de incapacidad de origen común expedido por el médico de la red de la entidad promotora de salud o entidad adaptada o validado por esta.*

No habrá lugar al reconocimiento de la prestación económica derivada de la incapacidad de origen común cuando esta última se origine en la atención por servicios o tecnologías excluidos de la financiación con recursos públicos asignados a la salud, según los criterios establecidos en la Ley 1751 de 2015, artículo 15, numerales a, b, c, d, e y f, y las normas que la modifiquen o regulen.

Para el reconocimiento y pago de la incapacidad de origen común y sus prórrogas, se tomará como ingreso base de cotización el reportado en el mes anterior al inicio de la incapacidad, entendiendo por inicio, el reportado en el día uno (1) de la incapacidad inicial, no el de las prórrogas." (Subrayado por la Sala).

Más adelante, la norma en comento en su artículo 2.2.3.4.5 señala sobre la variación de aportes para el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas, que:

"Las variaciones en el Ingreso Base de Cotización del mes de inicio de la licencia o incapacidad que excedan el cuarenta por ciento (40%) respecto del promedio de los doce (12) meses inmediatamente anteriores, o su fracción de meses cuando este tiempo fuere menor, no serán tomadas en consideración, en la parte que exceda de dicho porcentaje, para efectos de la liquidación de prestaciones económicas. En estos casos, la EPS o entidad adaptada dará traslado a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP, para lo de su competencia.

Para la liquidación de incapacidades de origen común cuando se trate de un salario que no sea fijo, como en el caso de trabajo a destajo o por tarea, se tomará en cuenta el salario promedio devengado por el trabajador en el último año de servicio, o en todo el tiempo cotizado, sí este fuere menor a un año."(Subrayado por la Sala).

d. Del Caso en Concreto:

Al descender al *sub-lite*, y de acuerdo con las anteriores precisiones, diáfano es que a efectos de liquidar las incapacidades de origen común se debe realizar con el ingreso base de cotización reportado en el mes anterior al inicio de la incapacidad; sin embargo, existen otros factores a tener en cuenta a fin de liquidar el auxilio económico a pagar, dado que además, se debe verificar si se trata de una incapacidad inicial o una prórroga, pues de ser así, el ingreso base de cotización para efectos de liquidar, alude al reportado en el mes anterior a la incapacidad inicial y no al de la prórroga; otro aspecto determinante es la variación en el ingreso base de cotización en los últimos doce meses, o en caso de tratarse de un lapso inferior, la proporción que se obtenga; ya que en caso de tratarse de un salario variable se debe promediar el valor a tener en cuenta para llevar a cabo la liquidación, como viene de verse, conclusiones que a su vez, se acompasan con lo expuesto por la testigo ANGELICA PATRICIA CAMPOS MESA sobre el particular.

Dicho esto, se es menester verificar el escenario en el que se encontraban las trabajadoras SILVIA ROSA HERRERA DÍAZ, respecto a la licencia por

enfermedad general emitida del 26 de agosto al 2 de septiembre de 2015 y GUIOMAR LOPEZ FLOREZ, frente a la incapacidad que le fuera expedida del 26 de octubre al 9 de noviembre de 2015, pues ese sería el derrotero a seguir a fin de constatar si en efecto se adeuda suma alguna por parte de la encartada, como se señala en el *petitum.*

En virtud de lo anterior, y previo a avanzar con el análisis del caso procede este Juez Colegiado a analizar lo atinente a la excepción de prescripción que en su debida oportunidad formuló la enjuiciada, recordando que el artículo 28 de la Ley 1438 de 2011, señala que el derecho de los empleadores de solicitar a las Entidades Promotoras de Salud el reembolso del valor de las prestaciones económicas prescribe en el término de tres (3) años contados a partir de la fecha en que el empleador hizo el pago correspondiente al trabajador.

Así las cosas, se advierte en el caso de SILVIA ROSA HERRERA DÍAZ, se emitió incapacidad por enfermedad general del 26 de agosto al 2 de septiembre de 2015, sin que sea claro cuando se llevó a cabo el pago por parte de la activa de la incapacidad que aquí se reclama, pues nada se dijo en la demanda sobre esa situación; sin embargo, a folio 34 del archivo 04, se encuentra desprendible del mes de noviembre de 2015 en el que se evidencia pago por $1.571.200 por concepto de ajuste licencia de enfermedad, monto que adujo la demandante sufragó como auxilio económico.

En cuanto a la trabajadora GUIOMAR LOPEZ FLOREZ, la incapacidad se expidió del 26 de octubre al 9 de noviembre de 2015, sin que se evidencie cuando se efectuó el pago por parte del empleador demandante, pues no se encuentra probanza alguna que permite colegir ese aspecto. Adicionalmente, cabe mencionar que la presente acción fue radicada el 15 de julio de 2020 según el acta de reparto (Archivo 01).

En ese orden de ideas, se tiene que transcurrió un término superior a tres (3) años desde la exigibilidad del derecho alegado; luego, salta a la vista que ha operado el fenómeno prescriptivo en el presente caso.

Como corolario de lo anterior, se confirmará la sentencia de primer grado, pero por las razones aquí expuestas. **COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandante y a favor de la parte demandada.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 20 de octubre de 2022, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, pero por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante, y a favor de la demandada. Fíjense como valor de agencias en derecho la suma de $500.000, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **03 2014 00393 01**
Demandante:	ANA ISABEL VILLAMIL PACHÓN
Demandado:	COLPENSIONES Y LUZ ENITH BEJARANO DE RAMIREZ
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a la abogada DIANA JOHANNA BUITRAGO RUGE, identificada con cédula da ciudadanía 1.019.025.170 y T.P. 226.864 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada COLPENSIONES en contra de la sentencia proferida el 27 de abril de 2022 por el Juzgado Primero Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá.

Igualmente, de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., el proceso se estudiará en el grado jurisdicción de consulta a favor de COLPENSIONES en cuanto la decisión de primer grado fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora ANA ISABEL VILLAMIL PACHÓN, promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, con la finalidad que se declare que en su condición de compañera permanente, tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento del señor HECTOR JULIO RAMIREZ CUCAITA.

En consecuencia, pretende se ordene a la demandada que reconozca, liquide y pague la pensión de sobrevivientes desde el 22 de agosto de 2010, fecha del fallecimiento del causante; más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra* y *extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como sustento de sus aspiraciones, relató que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, hoy COLPENSIONES, concedió pensión de invalidez al señor HECTOR JULIO RAMIREZ CUCAITA mediante Resolución No. 030382 del 26 de agosto de 2011, quien falleció el 22 de agosto de 2010. De otro lado, narró que compartió techo, lecho y mesa de manera ininterrumpida en condición de compañera permanente del pensionado, desde el 22 de enero de 2000 hasta la fecha del deceso, unión de la cual no se procrearon hijos, no obstante, si dependía económicamente de su compañero.

Seguidamente, relató que el causante contrajo nupcias con la señora LUZ ENITH BEJARANO DE RAMIREZ, de quien se había separado 10 años antes del deceso. Además, indicó que solicitó a la encartada el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes como compañera permanente el 22 de septiembre de 2010, entidad que negó el reconocimiento de la prestación económica mediante la Resolución No. 030382 de 26 de agosto de 2011, decisión que confirmó mediante Resolución No.220756 de 30 de agosto de 2013, al desatar el recurso de reposición que presentó.

Como sustento de su decisión, destacó la enjuiciada que se presentaba un conflicto entre las presuntas beneficiarias de la pensión, por lo que se abstuvo de resolver derecho alguno hasta tanto el conflicto no fuera dirimido por la jurisdicción ordinaria laboral, en aplicación de lo consagrado en el artículo 34 del

Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año. (Fls. 5 a 12 archivo 01).

Así las cosas, el juzgado de origen mediante proveído de 5 de agosto de 2014, admitió la demanda y a su vez ordenó integrar en calidad de litisconsorte necesaria a la señora LUZ ENITH BEJARANO DE RAMIREZ, a quien ordenó notificar. (Fls. 5 a 12 archivo 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contra, aduciendo que la entidad mediante Resolución No. 0220756 de 30 de agosto de 2013, al advertir la existencia de convivencia simultánea, dispuso que hasta tanto no se decidiera por medio de sentencia judicial ejecutoriada, no reconocería el derecho a quien correspondiera el derecho.

Propuso como excepción previa la de falta de integración de litisconsorcio necesario y como de mérito las de prescripción, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, falta de causa y título de los derechos reclamados y buena fe del Instituto de Seguros Sociales. (Fls. 43 a 49 archivo 01).

El Juzgado de Tercero Laboral del Circuito de Bogotá a través de auto adiado el 16 de diciembre de 2020, dispuso acumular la acción al proceso ordinario laboral No. 2017-00553 interpuesto por LUZ ENITH BEJARANO DE RAMIREZ contra COLPENSIONES y como tercera *ad excludendum,* a la aquí demandante ANA ISABEL VILLAMIL PACHÓN, que cursaba en el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de esta ciudad.

En esa medida, ordenó notificar a la litisconsorte necesaria LUZ ENITH BEJARANO DE RAMIREZ, conforme lo dispuesto en el Decreto 806 de 2020. Por otro lado, tuvo por no contestada la demanda dentro del proceso 2017-00553, por parte de la tercera *ad excludendum* ANA ISABEL VILLAMIL PACHÓN, a la que había notificado por conducta concluyente, sin que en el término de ley emitiera pronunciamiento alguno. (Fl. 114 a 115 archivo 01).

En consonancia con lo anterior, la litisconsorte necesaria LUZ ENITH BEJARANO DE RAMIREZ, en su contestación se opuso a las pretensiones de la presente acción, aduciendo que, a la fecha del deceso del causante, mantenían el estado civil de casados ya que la relación o vínculo matrimonial aún continuaba vigente y produciendo todos sus efectos ante su familia y la sociedad. Indicó que, si bien el causante abandonó el hogar sin justificación, continuaban compartiendo momentos íntimos de pareja y familiares con sus hijos de manera habitual y en la casa matrimonial, luego, el pensionado nunca abandonó su hogar de manera definitiva.

Como excepciones de mérito, propuso las de falta de legitimación en la causa, ausencia de requisitos legales y/o fácticos para reclamar y abuso del derecho y de las normas jurídicas. (Carpeta 02- archivo 01).

1.4 DEMANDA ACUMULADA:

La señora LUZ ENITH BEJARANO DE RAMÍREZ interpuso demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, a fin que se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente con ocasión del fallecimiento de su cónyuge HECTOR JULIO RAMIREZ CUCAITA.

En consecuencia, pretende que se condene a COLPENSIONES a incluirla en nómina de pensionados y solucione la mesada pensional a la cual tuvo derecho su cónyuge, la cual le fue reconocida a través de la Resolución No. 030382 de 26 de agosto de 2011 por el ISS, además se condene al pago del respectivo retroactivo hasta la fecha en que reconozca y conceda el derecho, más la indexación de las sumas adeudadas.

1.4.1. SUPUESTO FÁCTICO:

Como sustento de sus aspiraciones, adujo que contrajo matrimonio con el señor HECTOR JULIO RAMIREZ CUCAITA el 28 de junio de 1978, vínculo que se mantuvo vigente hasta la fecha del deceso acecido el 22 de agosto de 2010, es decir, por espacio de 32 años; que fruto de esa unión nacieron siete (7) hijos,

todos mayores de edad en la actualidad, destacó que eran reconocidos por el círculo social y la vecindad como cónyuges y como una familia junto con los hijos procreados durante el vínculo matrimonial.

Seguidamente, señaló que por motivos personales y sin causal válida aparente, el causante se marchó del hogar el 25 de enero de 2005 sin manifestar la intención de cesar los efectos civiles del matrimonio religioso que los unió. Sin embargo, seguía visitando frecuentemente la casa matrimonial y compartía momentos con su cónyuge y sus hijos; manteniendo comunicación constante y un trato decoroso, fundado sobre la base de los valores y principios familiares.

Narró que durante los primeros años de separación no tuvo conocimiento que el pensionado hubiese iniciado otra relación sentimental, no obstante, cuando enfermó se enteró que sostenía una relación sentimental con la señora ANA ISABEL VILLAMIL PACHÓN, empero, desconoce si fue permanente y formal, además, los últimos días de vida los pasó en casa de su hermana ADELA RAMIREZ, tiempo en el cual siguió compartiendo con ella y sus hijos hasta el día de su fallecimiento.

Añadió que con sus hijos se hizo cargo de las exequias del señor HECTOR JULIO RAMIREZ CUCAITA, a las que no se presentó la señora ANA ISABEL VILLAMIL PACHÓN. Asimismo, precisó que mediante Resolución No. 030382 de 26 de agosto de 2011 el ISS concedió la pensión de invalidez al causante y que a través de Resolución GNR 220756 de 30 de agosto de 2013, COLPENSIONES le negó la pensión de sobrevivientes, misma prestación que había solicitado la señora ANA ISABEL VILLAMIL PACHÓN, siendo negada hasta tanto no se decida judicialmente a cuál de las solicitantes le corresponde el derecho. (Carpeta 03-archivo 01-folios 4 a 8).

En auto de 12 de septiembre de 2017, el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, admitió la demanda en contra de COLPENSIONES y de la *tercera ad excludendum* ANA ISABEL VILLAMIL PACHÓN. (Carpeta 03-archivo 01-folios 48 a 49).

1.4.2 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA ACUMULADA

COLPENSIONES al contestar la demanda dijo no oponerse ni allanarse a las pretensiones, de acuerdo con lo señalado en Resolución GNR 220756 del 30 de agosto de 2013 emitida por esa entidad.
Igualmente, propuso la excepción de prescripción. (Carpeta 03 – archivo 01 folios 64 a 67).

Mediante auto de 23 de abril de 2018, el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, tuvo por contestada la demanda a COLPENSIONES y a su vez, tuvo por notificada por conducta concluyente a la tercera *ad excludendum* ANA ISABEL VILLAMIL PACHÓN. De otra parte, mediante proveído de 7 de noviembre de 2019, ese mismo estrado judicial dispuso remitir las diligencias al Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá para ser acumuladas con el proceso 2014-00393. (Carpeta 03-archivo 01-folios 79 a 80 y 97 a 98).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Primero Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 27 de abril de 2022, condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes a la señora LUZ ENITH BEJARANO DE RAMÍREZ en un 80% y a la señora ANA ISABEL VILLAMIL PACHÓN en un 20%, a partir del 22 de agosto de 2010, de la mesada pensional devengada por el causante, la que no puede ser inferior al SMLMV, prestación que debe ser acrecentada en el respectivo porcentaje a partir del día en que se extinga el derecho pensional reconocido a cada una de las beneficiarias, en el porcentaje que corresponda.

Así, condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar a LUZ ENITH BEJARANO DE RAMÍREZ la suma de $86.400.000 por concepto de mesadas pensionales causadas desde el 1º de agosto de 2014 al 30 de abril de 2022 y a ANA ISABEL VILLAMIL PACHÓN la suma de $32.660.000 por mesadas causadas desde el 22 de agosto de 2010 al 30 de abril de 2022, y condenó a continuar pagando las que se causen con posterioridad a la sentencia, montos que ya se encuentran indexados al momento de la liquidación, es decir, al 30 de abril de 2022, debiendo ser actualizado al momento de su pago.

Además, autorizó a COLPENSIONES a deducir del retroactivo pensional los aportes al sistema de seguridad social en salud; declaró probada parcialmente la excepción de prescripción respecto de LUZ ENITH BEJARANO DE RAMÍREZ, y no probadas las demás, absolvió de las demás pretensiones planteadas en las demandas y no condenó en costas.

Para arribar a esa conclusión, la *a-quo* precisó que el ISS reconoció pensión de invalidez al señor HECTOR JULIO RAMIREZ CUCAITA con posterioridad a su fallecimiento y que la sustitución había sido denegada a reclamantes. Además, trajo a colación los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003.

Asimismo, señaló que la jurisprudencia emanada por el órgano de cierre de esta especialidad ha precisado que en el caso de la compañera permanente es necesario acreditar un lapso de convivencia de cinco (5) años anteriores al fallecimiento del pensionado, periodo que para la cónyuge opera en cualquier tiempo.

Indicó que, de las pruebas arrimadas al plenario, se podía establecer que el causante y la demandante LUZ ENITH BEJARANO DE RAMÍREZ convivieron desde que contrajeron matrimonio y que procrearon 7 hijos, es decir, desde 1978 hasta 2002, para un total de 24 años, acreditando un lapso superior a los cinco (5) años exigidos por la ley.

Entre tanto, en el caso de la compañera permanente ANA ISABEL VILLAMIL PACHÓN, adujo que de las declaraciones rendidas por los testigos y de las declaraciones extra proceso que obran en el plenario no era posible concluir el hecho de la convivencia con precisión; sin embargo, del Informe de Investigación efectuado por la entidad demandada el 9 de agosto de 2012 – folios 92 y 93 que obra en el expediente administrativo del causante, se estableció que la cónyuge convivió con el pensionado desde el 28 de junio de 1978 hasta el 31 de junio de 2002 y que la compañera permanente convivió desde el 1º de agosto de 2022 hasta el día de su fallecimiento.

Así las cosas, indicó la juez de instancia que procedía el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes de manera proporcional al tiempo de convivencia para la cónyuge y para la compañera permanente, quedando establecido que con la primera convivió 24 años y con la segunda 8 años.

En esa medida condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar a LUZ ENITH BEJARANO DE RAMÍREZ la pensión en cuantía que no puede ser inferior al salario mínimo mensual legal vigente, a partir del 22 de agosto de 2010, en un porcentaje equivalente al 80% y a ANA ISABEL VILLAMIL PACHÓN en porción del 20%, la cual debe ser incrementada a partir del momento en que se extinga el derecho de alguna de las beneficiarias.

Sobre la prescripción, dijo que el derecho se causó el 22 de agosto de 2010 y la compañera permanente ANA ISABEL VILLAMIL PACHÓN presentó reclamación el 22 de septiembre de 2010, siendo decidida el 26 de agosto de 2011 y la demandada se impetró el 27 de junio de 2014, por lo que no operó el fenómeno prescriptivo. En cuanto a la cónyuge LUZ ENITH BEJARANO DE RAMÍREZ, adujo que agotó la reclamación 19 de septiembre de 2011 e instauró la demandada el 1º de agosto de 2017, por lo que operó la prescripción sobre las mesadas causadas con anterioridad al 1º de agosto de 2014.

Así, condenó a COLPENSIONES a pagar a LUZ ENITH BEJARANO DE RAMÍREZ la suma de $86.400.000, por concepto de mesadas causadas desde el 1º de agosto de 2014 al 30 de abril de 2022 y a continuar pagando las que se causen con posterioridad. Igualmente, condenó a la demandada a pagar a ANA ISABEL VILLAMIL PACHÓN la suma de $32.660.000 por mesadas causadas desde el 22 de agosto de 2010 al 30 de abril de 2022, sumas que deben ser indexadas y además se deben continuar pagando las mesadas que se causen con posterioridad. Finalmente, autorizo los descuentos de ley para aportes a salud y se abstuvo de imponer condena en costas. (Archivos 12 y 13).

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la demandada COLPENSIONES la apeló, solicitando se revoque la sentencia proferida por la juez primer grado, ya que no tuvo en cuenta

los argumentos y los fundamentos expuestos desde la contestación de la demanda, por lo que solicita no se condene a esa entidad a reconocer la pensión de sobreviviente a favor de las demandantes, toda vez que no se dieron los presupuestos legales, ni las pretensiones estuvieron ajustadas a derecho.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales en legal forma y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá determinar si a la señora ANA ISABEL VILLAMIL PACHÓN, en calidad de compañera permanente, le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la sustitución pensional del causante señor HECTOR JULIO RAMIREZ CUCAITA; o, si por el contrario, tal derecho le corresponde a la señora LUZ ENITH BEJARANO DE RAMÍREZ en condición de cónyuge del fallecido, o debe ser reconocida en forma proporcional a cada una de ellas, atendiendo el tiempo de convivencia con el pensionado fallecido.

c. De la Calidad de Pensionado del Causante:

Previo a la resolver el problema jurídico que concita la atención de la Sala, se advierte que no fue objeto de reproche que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES reconoció pensión de invalidez al señor HECTOR JULIO RAMIREZ CUCAITA, con posterioridad a su fallecimiento, mediante Resolución No. 030382 de 26 de agosto de 2011, por presentar una PCL del 65.45%, con fecha de estructuración 3 de noviembre de 2009 y acreditar 50 semanas de cotizaciones en los tres años anteriores a la fecha de estructuración, conforme lo normado en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003. (Fl. 14 a 18 archivo 01). Igualmente, se observa que en dicho

acto administrativo la entidad dispuso llevar a cabo la investigación tendiente a corroborar la convivencia del causante con la compañera permanente ANA ISABEL VILLAMIL PACHÓN.

Además, se pudo establecer que la entidad demandada, negó la prestación pensional a la compañera permanente y a la cónyuge mediante Resolución GNR 220756 de 30 de agosto de 2013, la cual fue confirmada a través de la Resolución GNR 42053 de 17 de febrero de 2014. (Folios 19 a 24 y 25 a 30 archivo 01).

Tampoco fue objeto de inconformidad el hecho que la demandante del proceso acumulado, LUZ ENITH BEJARANO DE RAMÍREZ, contrajo nupcias por el rito católico el 28 de junio de 1978, según da cuenta el Registro Civil de Matrimonio y el Acta de Matrimonio que obra a folios 9 y 10 del archivo 01 de la en la carpeta 03 del expediente digital, documento que no contiene nota marginal de disolución. Igualmente, quedó acreditado que el señor HECTOR JULIO RAMIREZ CUCAITA falleció el 22 de agosto de 2010, según se indica en el Registro Civil de Defunción que obra en el expediente a folio 13 del archivo 01.

d. De la Pensión de Sobrevivientes:

Así las cosas, se advierte que conforme lo ha adoctrinado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras, en sentencia SL2075-2021, Radicación No. 83457 del 19 de mayo de 2021, la norma que regula la materia de la pensión de sobrevivientes pretendida es la vigente al momento del óbito del causante, de modo, que para el presente evento refiere a los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, que modificaron los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993.

Al respecto, imperioso resulta traer a colación lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, el cual señala sobre los requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes, lo siguiente:

> *"1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca".*

A su turno, el literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, señala respecto de los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, lo siguiente:

> *"Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:*
>
> *"a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;*

Dicha normativa regula que son beneficiarios de la pensión los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca, teniéndose entre estos, en forma vitalicia, a la cónyuge o compañera permanente, siempre y cuando se acredite que hizo vida marital con el causante y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1399-2018, Radicación No. 45779 del 25 de abril de 2018, expuso sobre la transversalidad de la convivencia lo siguiente:

> *"Según la disposición reproducida la convivencia por un lapso no inferior a 5 años es transversal y condicionante del surgimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes, tanto en beneficio de los (las) compañeros (as) permanentes como de los cónyuges (SL4925-2015). Por convivencia ha entendido la Corte que es aquella «comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva- durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado» (CSJ SL, 2 mar. 1999, rad. 11245 y CSJ SL, 14 jun. 2011, rad. 31605).*
>
> *"Así, la convivencia real y efectiva entraña una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, soporte en los pesos de la vida, apoyo espiritual y físico, y camino hacia un destino común. Lo anterior, excluye los encuentros pasajeros, casuales o esporádicos, e incluso las relaciones que, a pesar de ser prolongadas, no engendren las condiciones necesarias de una comunidad de vida".*

Deviene de lo expuesto, reiterar que en el caso de la cónyuge el Alto Tribunal ha establecido que el requisito puede ser cumplido en cualquier tiempo, es decir, que los cinco (5) años de convivencia no deben ser anteriores a la fecha del

fallecimiento del cónyuge, además no se hace necesaria acreditar que la ayuda mutua o los lazos afectivos permanecieron inalterados hasta el momento de la muerte, así lo ilustra la sentencia SL997-2022, Radicación No. 81832 del 9 de marzo de 2022, en la que se expuso:

> *"Sobre el aspecto sometido a consideración, la Sala en sentencias CSJ SL5260 y CSJ SL2015-2021 en las que reiteraron lo manifestado en la sentencia CSJ SL5169-2019 explicó:*
>
> *"Claro lo anterior, la Sala debe determinar, según lo previsto en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, si para acceder a una pensión de sobrevivientes, quien alega la calidad de cónyuge con vínculo matrimonial vigente y separación de hecho, debe demostrar, además de la convivencia efectiva durante 5 años en cualquier tiempo, que los lazos afectivos permanecieron inalterables hasta el momento de deceso del causante.*
>
> *"[…]*
>
> *"Pues bien, de la normativa trascrita se colige que, en el caso de la cónyuge con vínculo matrimonial vigente y separada de hecho del causante, la acreditación para el momento de la muerte de algún tipo de «vínculo afectivo», «comunicación solidaria» y «ayuda mutua» que permita considerar que los «lazos familiares siguieron vigentes» para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, configura un requisito adicional que no establece el inciso 3.º del literal b). Nótese que en el texto de la aludida disposición se hace referencia es a que, en ese caso, la consorte tiene derecho a una cuota parte de la pensión de sobrevivientes, proporcional al tiempo convivido con el afiliado fallecido.*
>
> *"Por lo demás, ese es el alcance que al precepto en comento le ha dado esta Corporación, pues su jurisprudencia de manera reiterada ha adoctrinado que «la convivencia de la consorte con vínculo marital vigente y separación de hecho con el pensionado o afiliado en un periodo de 5 años», puede ser acreditado en cualquier tiempo, puesto que de esta manera se da alcance a la finalidad de proteger a quien desde el matrimonio aportó a la construcción del beneficio pensional del causante, en virtud del principio de solidaridad que rige el derecho a la seguridad social (CSJ SL 41637, 24 en. 2012, CSJ SL7299-2015, CSJ SL6519-2017, CSJ SL16419-2017, CSJ SL1399-2018, CSJ SL5046-2018, , CSJ SL2010-2019, CSJ SL2232-2019 y CSJ SL4047-2019)."*

Contrario al caso de la cónyuge, la compañera permanente debe acreditar los cinco (5) años de convivencia antes de la fecha del deceso del pensionado, así lo ha indicado el órgano de cierre de esta jurisdicción, en reiteradas oportunidades, entre otras, en sentencia SL-362 del 2021, Radicación No. 86239 de 10 de febrero de 2021:

"De acuerdo con lo anterior, la convivencia de los compañeros permanentes debe constatarse en los 5 años previos al fallecimiento del pensionado (…), puesto que, a diferencia del vínculo matrimonial, cuyas obligaciones personales no se agotan por la separación de facto, en tratándose de las uniones maritales de hecho, la cesación de la comunidad de vida tiene un efecto conclusivo de la unión y de sus obligaciones y deberes personales, y por ende el compañero deja de pertenecer al grupo familiar.

"Vale aclarar que esta distinción, aunque podría parecer artificiosa y contraria al principio de no discriminación, en realidad no lo es, ya que se funda en las especificidades propias del matrimonio y de la unión marital de hecho, único criterio que ha sido aceptado por la jurisprudencia constitucional como legítimo para establecer diferencias entre cada uno de estos vínculos familiares (C-1035-2008)."

e. Del Caso en Concreto:

Decantadas las normas y el precedente judicial que regula el asunto, al descender al *sub-examine*, se observa que la cónyuge LUZ ENITH BEJARANO DE RAMIREZ nació el 26 de enero de 1962, entre tanto, la compañera permanente ANA ISABEL VILLAMIL PACHÓN nació el 9 de noviembre de 1956, luego, a la fecha del deceso del pensionado eran mayores de 30 años, lo que las ubica en la primera de las hipótesis que regula el literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003 (Fls. 39 archivo 01 y 12 archivo 01 carpeta 03).

De otra parte, se pudo establecer que la señora LUZ ENITH BEJARANO DE RAMIREZ y el señor HECTOR JULIO RAMIREZ CUCAITA contrajeron matrimonio el 28 de junio de 1978, como viene de verse.

Igualmente, se allegaron declaraciones extrajuicio rendidas por el causante el 22 de enero de 2001, en la que indicó que convivía hace un año con ANA ISABEL VILLAMIL PACHÓN, quien se dedicaba al hogar y dependía económicamente de él; igualmente reposa declaración rendida en el mismo sentido por la compañera permanente y por las señoras MARÍA DEL CARMEN BUENHOMBRE CAÑON y AMPARO MENESES MERA, quienes dijeron que les constaba que el pensionado convivió con la citada compañera permanente desde el año 2000 hasta el fallecimiento. De la misma forma, se allegaron certificaciones emitidas por CAFESALUD EPS el 26 de abril y el 15 de diciembre de 2010, en las que aparece como beneficiaria del causante en calidad de compañera permanente en el

sistema general de salud, la señora ANA ISABEL VILLAMIL PACHÓN, desde el 05 de julio de 2003. (Fls. 32 a 37 archivo 01).

De otro lado, en la demanda acumulada yacen declaraciones extraproceso rendidas el 5 de abril de 2017 por ADELA, ARAMINTA y LUIS EDUARDO RAMIREZ CUCAITA, en la que se indica que el pensionado vivió bajo el mismo techo desde mayo de 2010 hasta su deceso, toda vez que se encontraba delicado de salud y eran quienes sufragan los aportes a seguridad social en salud y lo transportaban a las citas médicas; aspectos que fueron reiterados en las declaraciones extraprocesales que rindieron los hijos del causante, señores RUBEN DARIO RAMIREZ BEJARANO y LEYDI RAMIREZ BEJERANO. Igualmente, se encuentra declaración en el mismo sentido rendida por la cónyuge LUZ ENITH BEJARANO RAMIREZ, quién expuso que convivio con el pensionado 25 años, desde el 27 de junio de 1978 hasta el 25 de enero de 2005 cuando abandonó el hogar sin explicación, empero, siguió frecuentando el hogar y los últimos días de vida convivió con las hermanas y sus hijos y ella se hicieron cargo de las honras fúnebres. (Fl. 22 a 27 archivo 01 – carpeta 03).

Asimismo, se allegaron los registros civiles de nacimiento de los hijos del pensionado y de la cónyuge demandante, de nombre PAOLA ANDREA, CAMILO, MONICA, HECTOR, LEYDI, RUBEN DARIO y JHON FREDY RAMIREZ BEJARANO, observándose que el primer en nacer fue JHON FREDY el 2 de julio de 1979 y el último RUBÉN DARIO el 25 de junio de 1991 (Fls. 32 a 41 archivo 01 – carpeta 03).

Además, en el expediente administrativo reposa Informe de Investigación Administrativa rendido el 9 de agosto de 2012, elaborado por el psicólogo contratista del Grupo de Investigaciones Administrativas del ISS, HUGO ORLANDO DIAZ MESA, en el que determinó que "*LUZ ENITH BEJARANO SI CONVIVIÓ con el asegurado compartiendo techo, lecho y mesa bajo el vínculo matrimonial desde el 28 de junio de 1978 hasta el 31 de Julio de 2002."* E igualmente, señaló que *"ANA ISABEL VILLAMIL PACHO SI CONVIVIÓ con el asegurado compartiendo techo, lecho y mesa bajo el vínculo matrimonial desde el 1 de agosto de 2002 hasta el momento del fallecimiento".* (Carpeta 03 expediente administrativo.)

De la misma forma, se practicó el interrogatorio de parte a la demandante ANA ISABEL VILLAMIL PACHÓN, quien manifestó que conoce a la señora LUZ ENITH BEJARANO DE RAMIREZ ya que fue quien convivió antes de ella con el señor HÉCTOR JULIO RAMÍREZ CUCAITA, pues era la cónyuge, agregando que con ella convivió con 12 años; que conocía que tenían siete (7) hijos, y que el causante en ocasiones visitaba la casa de la esposa cuando había reuniones.

Que durante la enfermedad estuvo todo el tiempo con el señor HECTOR JULIO hasta que falleció, lo cual ocurrió en la casa de la hermana; precisó que lo conoció en el año 1999 y en el año 2003 la afilió al Seguro Social.

Por su parte, la testigo MARÍA DEL CARMEN BUENHOMBRE CAÑON, señaló que conoció al causante HÉCTOR JULIO RAMÍREZ CUCAITA hace trece (13) años; mencionó que eran vecinos y que lo veía con la señora ANA ISABEL; que se comunicaba con él en el año 2019, pero nunca entró a la casa de la pareja; que el pensionado falleció el 22 de agosto, pero no recuerda el año, y que acaeció el deceso en la casa de una hermana en Bosa; de otra parte, que no conoce a la señora LUZ ENITH BEJARANO. Expuso que veía entrar al causante a la casa de ANA ISABEL y los veía juntos como pareja, y que ella estuvo con él hasta que falleció.

AMPARO MENESES en su declaración manifestó que vive en Soacha desde el 28 de junio de 2001, y a razón de esa situación conoce desde 1996 a la demandante ANA ISABEL VILLAMIL PACHÓN, ya que viven en la misma cuadra; que conoció en el año 2009 al señor HÉCTOR JULIO RAMÍREZ CUCAITA, sin embargo, después dijo que lo conocía desde el año 2001; relató que el causante era amigo de su cónyuge; que lo conoció en la casa de ANA ISABEL, y lo veía salir y entrar de esa casa, que no asistió al funeral del causante y de la pareja no existen hijos.

La testigo MARIA LUCIA BERNAL FRÍAS, refirió que conoce a la señora LUZ ENITH BEJARANO DE RAMIREZ hace más de 30 años, porque es la suegra de su hijo. Que conoció al señor HÉCTOR JULIO RAMÍREZ CUCAITA hace 30 años, por cuanto asistía a la casa de la demandante LUZ ENITH; que no sabe hasta cuándo convivio con el causante y que no conoció a la señora ANA ISABEL VILAMIL PACHÓN.

Indicó que LUZ ENITH BEJARANO DE RAMIREZ y HÉCTOR JULIO RAMÍREZ CUCAITA, tuvieron cinco o seis hijos y que falleció en agosto de 2009 o 2011, dijo no recordar cuando fue la última vez que visitó la casa de los esposos.

DENIS ALBERTO FRANCO BOTERO, dijo que conoce a LUZ ENITH BEJARANO DE RAMIREZ por cuanto es su suegra, y que igualmente conoció al señor HÉCTOR JULIO RAMÍREZ CUCAITA, precisando que los conoció hace 16 o 17 años; que falleció en agosto de 2010, y cuando los conoció ya se habían separado. Que escuchó que el señor HÉCTOR JULIO convivía con una señora de nombre ISABEL, sin conocer más detalles. Que LUZ ENITH y HECTOR JULIO procrearon siete hijos y que el causante frecuentaba la casa de LUZ ENITH y compartía con ella y sus hijos hasta dos veces a la semana. Narró que durante la enfermedad del señor HECTOR JULIO RAMIREZ, la señora LUZ ENITH estuvo pendiente de su estado de salud, empero, el causante no dormía en la casa de LUZ ENITH, por que vivía con ANA ISABEL.

Del examen de los referidos medios de convicción, se advierte de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.T. y de la S.S., que la cónyuge demandante LUZ ENITH BEJARANO DE RAMIREZ convivió con el pensionado fallecido HECTOR JULIO RAMIREZ CUCAITA, por lo menos desde la calenda en que contrajeron nupcias, esto es, desde el 28 de junio de 1978 hasta el 21 de enero de 2000, es decir, un año antes de la declaración extrajuicio que rindiera el mismo causante ante el Notario Segundo del Círculo de Soacha el 22 de enero de 2001, en la que manifestó que convivía hace un año con ANA ISABEL VILLAMIL PACHÓN, a lo que se suma que la misma cónyuge aceptó desde la demanda que el causante había dejado el hogar que compartían sin causa aparente, contrario a lo concluido por la juez de instancia quien determinó que la convivencia de los esposos se dio hasta el año 2002.

Ahora bien, cabe mencionar que de las pruebas recaudadas en el trámite procesal, no se puede colegir que el causante haya convivido de manera simultánea con la cónyuge y la compañera permanente, pues nada se dijo al respecto, pese a que ambas aceptaron que aquel compartía con su esposa y sus hijos en reuniones; adicionalmente, el testigo DENIS ALBERTO FRANCO BOTERO fue conteste en

afirmar que había conocido a la pareja de esposos hace 16 o 17 años, y que para esa época ya no vivían juntos y que le conocía que HECTOR JULIO vivía con ANA ISABEL.

De lo expuesto, se puede inferir, que en efecto la convivencia del señor HECTOR JULIO RAMIREZ CUCAITA con la cónyuge demandante se mantuvo por espacio de 21 años, 6 meses y 24 días, esto es, 7764 días, acreditando así los cinco (5) años de convivencia en cualquier tiempo que exigen las normas que regulan la pensión de sobrevivientes en el caso de la cónyuge supérstite.

En el caso de la compañera permanente ANA ISABEL VILLAMIL PACHÓN, si bien las testigos MARÍA DEL CARMEN BUENHOMBRE CAÑON y AMPARO MENESES, no ofrecieron mayor información sobre la convivencia con el causante y el extremo inicial de esa comunidad de vida, lo cierto es, que según el dicho de la cónyuge y los demás testigos el pensionado convivió con ANA ISABEL, por lo menos desde que dejó el hogar que compartía con LUZ ENITH BEJARANO, es decir, desde el 22 de enero de 2001 como se expuso anteriormente, convivencia que se extendió hasta el deceso del pensionado el 22 de agosto de 2010, según se concluyó en el Informe de la Investigación Administrativa del ISS, rendido el 9 de agosto de 2012.

Cabe mencionar que, si bien se dijo que el causante convivió los últimos tres meses de vida en la casa de sus hermanos, no se advierte que tal separación hubiese tenido la virtud de dar fin a la relación que sostenía con ANA ISABEL VILLAMIL PACHÓN, pues la separación física se dio por razones de salud del asegurado, aspecto este último que se colige del acervo probatorio recaudado, pues dijo que el pensionado padecía de cáncer y a fin de recibir tratamiento se hizo necesario estar más cerca del centro hospitalario, pues los hermanos del causante vivían en Bosa, situación que se itera *"no rompen necesariamente el vínculo afectivo, ni la vocación de convivencia que se pueda predicar de quienes deciden consolidar su unión de pareja"*, posición que ha sido reiterada entre otras, en sentencia SL2767-2022.

Así las cosas, la compañera permanente acreditó el requisito de convivencia de 5 años de convivencia con el causante dentro de los cinco (5) años anteriores al

deceso del causante, ya que convivieron por un lapso de 10 años, 7 meses y 1 día, esto es, por más de 3.811 días. Contrario a lo expuesto por la entidad encartada en su alzada.

En consecuencia, les asistía el derecho a las accionantes al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, acreencia que de conformidad con lo antes expuesto correspondía a favor de ANA ISABEL VILLAMIL PACHÓN en calidad de compañera permanente en porción del 33% y a favor de LUZ ENITH BEJARANO DE RAMIREZ en su condición de cónyuge en proporción del 67%, no obstante, la sentencia de primera instancia habrá de confirmarse en tanto por activa no se recurrió tal aspecto, y no es dable modificarlo en sede de consulta surtida a favor de COLPENSIONES.

Ahora, es de mencionar que el *a-quo* expuso que la prestación pensional no podía ser reconocida en suma inferior al salario mínimo mensual legal vigente, por lo que procedió a emitir condena por concepto de retroactivo pensional a favor de la cónyuge y de la compañera permanente, tasándola sobre tal monto, aspecto que tampoco fue objeto de reproche.

Finalmente, y como quiera que la demandada COLPENSIONES propuso la excepción de prescripción tanto en la demanda principal como en la demanda acumulada, se advierte que la pensión de sobrevivientes se causó el 22 de agosto de 2010. Así las cosas, se observa que ANA ISABEL VILLAMIL PACHÓN, presentó reclamación el 22 de septiembre de 2010, la cual fue decidida mediante Resolución No. 030382 de 26 de agosto de 2011 y presentó demanda el 27 de junio de 2014, por lo que no operó el fenómeno prescriptivo respecto de dicha demandante como lo concluyó la juez de primer grado. (Fls. 2 y 14 a 18 archivo 01).

Respecto a la cónyuge LUZ ENITH BEJARANO DE RAMIREZ, se advierte que reclamó la pensión de sobrevivientes el 19 de septiembre de 2011, según se indica en Resolución GNR 220756 de 30 de agosto de 2013, mediante la cual la entidad denegó la prestación a la consorte, sin que interpusiera recurso alguno en contra de tal decisión, igualmente, interpuso demanda el 1º de agosto de 2017, encontrándose prescritas las mesadas causadas con antelación al 1º de agosto de

2014, como se dedujo en la sentencia confutada. (Fls. 15 a 19 y 42 archivo 01-carpeta 03).

Así las cosas, se confirmará la decisión de primer grado, de acuerdo con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia. **SIN COSTAS** en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 27 de abril de 2022, por el Juzgado Primero Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia**.**

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **04 2019 00570 01**
Demandante:	MARÍA DEISY PÁEZ BUITRAGO
Demandados:	COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES al abogado MICHAEL GIOVANNY MUÑOZ TAVERA, identificado con cédula de ciudadanía 80.094.916 y T.P. 244.839 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR S.A. y CONFONDOS S.A., en contra de la sentencia proferida el 20 de septiembre de 2022 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora MARÍA DEISY PÁEZ BUITRAGO promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., a fin de declararse la

nulidad del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de PORVENIR S.A., como consecuencia de la omisión en el deber de información, para que así se establezca que en la actualidad continúa afiliada en el régimen público.

Por consiguiente, se le ordene a PORVENIR S.A. devolver con destino a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses de conformidad con lo establecido en el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubiesen causado, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra* y *extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 19 de noviembre de 1960, iniciando sus cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones el 8 de mayo de 1981, así como que efectuó traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en el mes de enero de 1995, inicialmente a través de COLFONDOS S.A., luego efectuó traslado horizontal a la AFP HORIZONTE y luego a COLPATRIA.

Que al momento del traslado, no le fue suministrada una asesoría en la que se le informara con claridad y precisión las consecuencias del cambio de régimen, en especial, las ventajas y desventajas de cada uno de los sistemas pensionales existentes al momento del traslado, de ahí que se hubiese vulnerado el deber de información que le asistía a PORVENIR S.A., en concordancia con los principios de buena fe y transparencia al no brindar una información completa y especializada sobre los riesgos de trasladarse.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones impetradas por la demandante, manifestando que si bien desconoce las circunstancias de tiempo, modo y lugar mediante las cuales se llevó a cabo la

asesoría de la demandante para trasladarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no es menos cierto que si la actora decidió que su mesada pensional estuviera regida por las características propias de dicho régimen, se debió a la información a ella brindada por parte de los asesores de la AFP donde efectuó el traslado primigenio, más aún cuando de los fundamentos fácticos y jurídicos como la documental aportada, no obra ninguna prueba tendiente a demostrar que se presentó algún vicio en el consentimiento al momento de su vinculación.

Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, improcedencia de la declaratoria de la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), inexistencia de la obligación de afiliación, excepción de error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos y la innominada o genérica.

PORVENIR S.A. refirió en su contestación que la fecha de traslado de la demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida se realizó el 13 de octubre de 1994 a través de COLFONDOS S.A., fondo en el que estuvo afiliada hasta el 30 de noviembre de 1998, suscribiendo formulario el 29 de octubre de 1998 a la AFP HORIZONTE, con fecha de efectividad el 1º de diciembre de la misma anualidad.

Seguidamente, refirió que el traslado ante sus dependencias se brindó una información suficiente para generar en la demandante una decisión libre y voluntaria a fin de elegir la opción que mejor se ajustara a sus intereses, explicando las características, ventajas y desventajas del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin mediar actuar deshonesto, omisivo o doloso.

Formuló las excepciones 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.

El Juzgado en proveído adiado el 26 de junio de 2020 vinculó de manera oficiosa y en calidad de litisconsorte necesario a COLFONDOS S.A. (PDF 02 – AUTO VINCULA COLFONDOS).

Por tal razón, COLFONDOS S.A. contestó la demanda argumentando que la afiliación realizada por la demandante ante sus dependencias fue precedida de una asesoría integral, suficiente, oportuna y veraz respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de administradora de fondos de pensiones dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, en la que se le recordó acerca de las características del mismo, el funcionamiento, las diferencias entre cada régimen pensional, las ventajas y desventajas, el derecho al bono pensional, la posibilidad de efectuar aportes voluntarios y la rentabilidad que producen los aportes.

Igualmente, se le dio a conocer sobre la opción legal de retracto con la que cuentan los afiliados a fin que puedan adoptar la decisión que más convenga, entre otras, tal y como lo hace constar al imponer su firma en la casilla de voluntad de afiliación.

Impetró las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero y nadie puede ir en contra de sus propios actos.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 20 de septiembre de 2022, resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia de la afiliación de **MARIA DEISY PAEZ BUITRAGO** a la **AFP Colfondos S.A.**, realizada en 1994, por los motivos expuestos. En consecuencia, **DECLARAR** que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.*

*"**SEGUNDO: CONDENAR** a la **AFP Colfondos S.A.** a devolver a **Colpensiones**, las sumas percibidas por concepto de los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas, por el periodo en que el demandante permaneció afiliado a esa administradora, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.*

*"**TERCERO: CONDENAR** a la **AFP Porvenir S.A.** a devolver a **Colpensiones**, las sumas percibidas por gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas, por el periodo en que el demandante permaneció afiliado a esa administradora, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.*

*"**CUARTO: ORDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** que, una vez, se efectúe el anterior trámite, acepte sin dilación alguna el traslado del demandante al régimen de prima media con prestación definida junto con sus correspondientes aportes.*

*"**QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones propuestas por las demandadas.*

*"**SEXTO: CONDENAR** en costas a las demandadas **Colfondos** y **Porvenir**. Fíjense como agencias en derecho la suma de $1/4 y 1/2 de SMMLV, respectivamente.*

*"**SÉPTIMO: CONCEDER** el grado jurisdiccional de consulta en favor de **COLPENSIONES**, en consecuencia, envíese al Tribunal Superior de Bogotá - Sala Laboral."*

Para arribar a dicha conclusión, indicó el operador de instancia que, según la jurisprudencia la expresión libre y voluntaria del artículo 13 literal b) de la Ley 100 de 1993 versa en la selección de los regímenes pensionales, esta elección debe hacerse por escrito por el afiliado; pero además presupone un conocimiento, el cual solo es posible cuando se comprende a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole, ya que de lo contrario sería acreedor de la sanción del artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

Dentro de las garantías en favor de los afiliados, las AFP deben suministrar información de manera clara, cierta, completa y comprensible sobre las características, condiciones, beneficios, diferencias y consecuencias al

momento en que una persona desea trasladarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Además, la Corte indica que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado y no con posterioridad.

Según la línea jurisprudencial, el consentimiento contenido en el formulario de traslado, aunque se haya hecho de manera libre, voluntaria y espontánea, se entiende que no es suficiente para dar por demostrado el deber de información brindado por la AFP.

Refirió que en el caso en concreto, se evidencia que no existe constancia que la AFP COLFONDOS S.A. le brindara a la afiliada información clara y precisa sobre todo lo concerniente al cambio de régimen, pues ni siquiera aportó el formulario de afiliación que suscribiera en su momento la demandante, de allí que no hubiese cumplido con la carga probatoria que le asistía al tenor de lo preceptuado en el artículo 167 del C.G.P., igual carencia probatoria que ocurrió respecto de PORVENIR S.A.

Por otra parte, adujo que no goza de prosperidad la excepción de prescripción puesto que así lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia al tratarse de aspectos derivados de la seguridad social que son de carácter irrenunciable.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión PORVENIR S.A. la apeló. Indicó que es procedente en segunda instancia la revocatoria de la sentencia primigenia, por cuanto a pesar que existe una amplia y pacífica línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, también esta Alta Corporación ha reiterado que dicha línea no puede ser aplicada de manera homogénea en todos los asuntos donde se solicite la nulidad o ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, en la medida que debe existir una similitud de las condiciones fácticas de cada caso en particular.

Por tal razón, sostuvo que dentro del presente asunto no se configuran esos presupuestos, toda vez que el traslado que realizó la demandante es válido por cuanto lo hizo de manera libre, voluntaria e informada como quedó consignado en el interrogatorio de parte, aunado a que, si bien el deber de información existe desde la misma creación de los fondos privados con la expedición de la Ley 100 de 1993, lo cierto es que esa información ha tenido un desarrollo tanto legal como jurisprudencial progresivo que con el tiempo ha sido más exigente, por lo que al haberse trasladado la demandante al régimen privado en el año 1994, para esa época los fondos pensionales debían suministrar información mínima, pero no en los términos reclamados en la demanda ni lo determinado por el *a-quo*.

Que la demandante ejerció su libre derecho de afiliación de conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, más aún si dicha información se extracta del formulario de afiliación que suscribiera, aunado a que se encontraba en responsabilidad de la propia actora indagar sobre sus expectativas pensionales.

De otra parte, encontró inconformidad de tener que trasladar con destino de COLPENSIONES los respectivos gastos de administración, como quiera que estaría suprimiéndole unas sumas que fueron causadas por su correcta actividad administradora durante el tiempo que la demandante estuvo afiliada en sus dependencias, sumado a que ha sido la misma Ley 100 de 1993 la que ha otorgado la posibilidad a las administradoras pensionales destinar del monto total de los aportes realizados por los afiliados al sistema el 3% de descuento, y en caso de devolverse dichos rubros se generaría un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES.

Que tampoco resulta procedente devolver las sumas por concepto de prima de seguros previsionales, ya que las mismas no se encuentran en su poder sino en la compañía aseguradora que se contrató en su momento para poder resguardar la cobertura adicional necesaria para el financiamiento de las prestaciones que por mandato legal era requerido.

Por último, arguyó que en caso de prosperar la condena no se ordene el pago de indexación, en la medida que también se dispuso la devolución de los

rendimientos del capital que se encontraba en la cuenta de ahorro individual de la demandante, pues de efectivizarse tal situación se estaría generando un doble pago.

COLPENSIONES refirió como inconformidad que la decisión de primer grado no tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica, ya que como entidad es un tercero ajeno al acto jurídico celebrado entre la demandante y las AFP demandadas, por lo que al ser interpartes los actos jurídicos, independientemente de la decisión adoptada por la autoridad judicial no se le puede favorecer ni perjudicar, de allí que no debe recibirse a la actora como afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues de llevarse a cabo ese actuar se estaría dando paso a un desequilibrio financiero.

Que de confirmarse la condena primigenia, solicita se le condene a las AFP demandadas al pago de los perjuicios económicos generados, en atención a que con ocasión de la teoría del daño del derecho civil, quien causa el daño es quien debe repararlo.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en

Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

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

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

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que

prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido".*

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *"ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto",* criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

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

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

> *"Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento".*

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, o si se trasladó de manera horizontal, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el reporte SIAFP y el formulario de afiliación que realizara la demandante el 29 de octubre de 1999 ante la AFP COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A. (Fls. 30 y 199 – PDF 01 – PROCESO DIGITAL).

De las anteriores probanzas, en especial el SIAFP, se extrae que en efecto la demandante se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por primera vez a través de COLFONDOS S.A. el 13 de octubre de 1994, luego ante HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. el 29 de octubre de 1998 y posteriormente, el

14 de enero de 2000 directamente a PORVENIR S.A., circunstancia por la cual, COLFONDOS S.A. es la AFP primigenia del traslado, quien no allegó el formulario de afiliación que exige la norma.

Ahora, el formulario ante la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *"Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado".*

Por otra parte, la actora en la declaración de parte que depuso, señaló en todo momento que el asesor de entonces lo único que le refirió es que en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad existiría más rentabilidad, pero dejando de presente que en ningún momento se le suministró una información pormenorizada sobre los aspectos que conllevaría el traslado, como tampoco las ventajas y desventajas de cada régimen pensional.

De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna sobre el pleno suministro de una debida información, luego, según lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia es evidente la carencia probatoria de esa encartada para soportar la inversión de la carga de la prueba que le asiste, lo cual por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

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

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

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

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado a la actora para el año 1994, una *"Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de*

beneficios pensionales" contrario a lo sostenido por COLPENSIONES en su apelación.

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

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración recurridos por PORVENIR S.A., AFP donde en la actualidad se encuentra vinculada la demandante, se memora que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló al respecto:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De otra parte, no es dable realizar consideración alguna frente a la pretensión esgrimida en la alzada de COLPENSIONES de condenar a la AFP a repararla por perjuicios, en tanto no fue objeto del debate judicial.

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

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

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

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR los numerales segundo, tercero y cuarto de la sentencia proferida el 20 de septiembre de 2022 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, a fin de disponer:

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

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

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

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

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **08 2021 00017 01**
Demandante:	CATALINA VERGARA SÁNCHEZ
Demandados:	COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

AUTO:

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES en contra de la sentencia proferida el 23 de septiembre de 2022 por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora CATALINA VERGARA SÁNCHEZ promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., con la finalidad que se declare la ineficacia del traslado y de la afiliación que realizó del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PROTECCIÓN S.A. el 1º de julio de 1997, sin que hubiese recibido una debida información; igualmente, solicita se declare que para todos los efectos legales nunca se trasladó de régimen por lo que podrá solicitar el reconocimiento de su pensión de vejez a COLPENSIONES, conforme lo normado en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

Como consecuencia de tales declaraciones, pretende se ordene a PROTECCIÓN S.A., traslade a COLPENSIONES, todos los aportes que reposen en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y los gastos de administración debidamente indexados, a su vez, se ordene al fondo privado suministre toda la información que constituye su historia laboral a COLPENSIONES, entidad que deberá anular el registro del traslado y recibir los rubros antes referidos y registrar en sus bases de datos la información correspondiente a sus aportes. Por último, solicita se condene al pago de costas y agencias en derecho, más lo que resulta probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

En subsidio, solicita se declare la nulidad del traslado que efectuó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, por conducto de PROTECCIÓN S.A. el 1º de julio de 1997, por vicios en el consentimiento.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus aspiraciones, refirió que nació el 19 de enero de 1967 y se afilió el 13 de septiembre de 1991 al INSTITUTO DE SEGURO SOCIALES para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, en donde permaneció hasta el 30 de junio de 1997.

Refirió que, sin recibir información sobre las diferencias entre los dos regímenes pensionales, suscribió el formulario con el que se trasladó de régimen, documento previamente impreso por PROTECCIÓN S.A., y que surtió a partir efectos a partir del 1º de julio de 1997. Expuso que los asesores de la

administradora de pensiones, no le suministraron la asesoría necesaria y suficiente, de manera transparente, clara y comparativa para decidir libremente y sin vicio alguno en su consentimiento sobre la opción de trasladarse de régimen de pensiones y que tampoco fue informada sobre las características del régimen de ahorro individual con solidaridad.

Señaló que solicitó a PROTECCIÓN S.A. una proyección de su mesada pensional en ese régimen, la que arrojó que su mesada ascendería a $2.179.366, entre tanto, en el régimen de prima media con prestación definida sería de $5.619.509. (Archivo 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en el libelo introductorio, indicando que el traslado de régimen pensional que realizó la actora al fondo privado se presume que fue efectuado en ejercicio del derecho de libre escogencia consagrado en el artículo 13 literal b) de la Ley 100 de 1993, por lo que es plenamente válido por haberse realizado conforme a las exigencias legales y normativas vigentes a dicha data, esto es, de acuerdo a lo establecido en el Decreto 663 de 1993, Decreto 656 de 1994 y artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, razón por cual la afirmación de vicio del consentimiento y falta de información debe probarse en el desarrollo del proceso judicial.

Propuso las excepciones de mérito de prescripción y caducidad, declaratoria de otras excepciones y la de inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y titulo para pedir. (Archivo 14).

Por su parte, la demandada PROTECCIÓN S.A. se opuso a todas pretensiones del *petitum*, argumentado que se está frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, observándose del formulario de vinculación que suscribió la promotora, que dicho acto se realizó en forma libre y espontánea, acto que tiene la naturaleza de un verdadero contrato, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del Fondo como de la afiliada, manifestación de voluntad que estuvo libre de presión y engaños, desvirtuándose cualquier

evento que pudiera viciar el consentimiento, lo que constituye una manifestación inequívoca de trasladarse a ese fondo.

Propuso la excepción previa de falta de integración de litisconsorcio necesario por pasiva y como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarará la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica. (Archivo 17).

Mediante auto de 18 de julio de 2022, se dispuso, vincular al contradictorio a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. (Archivo 19).

PORVENIR S.A., se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo que la demandante no allegó prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la omisión al deber de información al momento del traslado de régimen, además, no aporta prueba alguna de las razones de hecho que sustentan la ineficacia o nulidad de la afiliación, en consecuencia, se encuentra válidamente afiliada al RAIS, por ende, no es posible solicitar la ineficacia o nulidad invocando requisitos que no existían a cargo de las AFP para la fecha del traslado.

Como excepciones formuló las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (Archivo 21).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 23 de septiembre de 2022, resolvió:

"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del régimen pensional de la señora CATALINA VERGARA CHAVES realizado de régimen de prima media al RAIS acaecido el día 04 de julio de 1997 mediante su afiliación a COLMENA hoy PROTECCION, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

"SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES admitir el traslado de régimen pensional de la señora CATALINA VERGARA CHAVES conforme a lo señalado.
"TERCERO: CONDENAR a la demandada PORVENIR y PROTECCION a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido por motivo de la afiliación de la señora CATALINA VERGARA CHAVES, tales como cotizaciones, bonos, pensionales, costos cobrados por administración debidamente indexados y sumas adicionales con los respectivos intereses de conformidad con las previsiones del artículo 1746 del Código Civil, aplicable por remisión analógica en materia laboral, esto junto con los rendimientos que se hubieren causado.

"CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a aceptar todos los valores que devuelva PORVENIR y PROTECCION que reposaban en la cuenta de ahorro individual del demandante y efectuar todos los ajustes en la historia pensional de la actora.

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

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

Bajo dicho entendimiento la información como elemento de convalidación de la afiliación, es respecto al caso puntal de cada uno de los afiliados y no se puede consentir que las AFP incumplan con su deber de información o buen consejo, indistintamente de si cuenta o no con régimen de transición. Además, precisó que la carga probatoria del deber de información recae sobre las AFP, quienes en el presente caso no acreditaron que se haya suministrado la correspondiente información y las consecuencias del traslado, ni tampoco se obtuvo confesión alguna en el interrogatorio de parte, máxime si se tiene en cuenta que la suscripción del formulario no es prueba del suministro de dicha información y el traslado horizontal no convalida tampoco el traslado de régimen.

Argumentos por los cuales, declaró la ineficacia del traslado, y la consecuencial devolución de los emolumentos causados en virtud de dicho acto jurídico,

condenó en costas a PROTECCIÓN S.A. y absolvió a la demandada de demás pretensiones.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión PORVENIR S.A. la apeló. En la alzada manifestó que, si bien existe una línea jurisprudencial sobre la ineficacia del traslado por falta al deber de información, solo es aplicable de manera diferenciada y verificando las particularidades de cada caso, debiéndose tener en cuenta que en el traslado horizontal que realizó a ese fondo, se cumplieron a cabalidad con los requisitos exigidos para el momento del traslado, por lo que no podía negarse a afiliar a la actora, quien se afilió de manera libre y voluntaria a ese régimen.

Señaló que no es procedente ordenar la devolución de los gastos de administración y sumas por seguros previsionales debidamente indexados, ya que se están desbordando los efectos de la ineficacia, máxime que se ordenó el reintegro de los ahorros que reposan en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos, los cuales fueron traslados en su momento, sumas que satisfacen con creces cualquier actualización del poder adquisitivo de la cotización de la actora, además no se están teniendo en cuenta las restituciones mutuas.

COLPENSIONES en su impugnación, expuso que el traslado de régimen de la actora se realizó haciendo uso del derecho de libre escogencia estatuido en la Ley 100 de 1993, y cumplió con las exigencias que se requerían para la época, sin que fuera deber realizar proyecciones o comparativos entre uno y otro régimen pensional, obligaciones que surgieron con posterioridad a la vinculación de la demandante y no eran exigibles a las demandadas.

En esa medida, los fondos no cuentan con un soporte documental diferente a los formularios de afiliación, por ende, no puede exigirse otra clase de prueba, además no se tuvo en cuenta que la gestora en el formulario de afiliación a COLMENA escogió la opción de vinculación inicial, por ende, no se trataba de un traslado de régimen pensional, además que no se puso en conocimiento que se estaba trasladando del ISS.

Igualmente, del documento de reasesoría pensional que realiza PROTECCIÓN S.A. el 17 de diciembre de 2003, alude a fecha anterior a que la demandante se encontrara inmersa en la prohibición de que trata la Ley 797 de 2003, por ende, la demandante conocía que después de cumplir la edad de 47 años no podía trasladarse de régimen, situación que demuestra que recibió la información necesaria sobre la consecuencia de no trasladarse al régimen de administra esa entidad antes de cumplir dicha edad, documento que no se valoró, y que soportaba la negativa de ineficacia de traslado de régimen.

De otro lado, adujo que en caso de mantenerse la decisión objeto de censura, debe advertirse que si lo que se reprocha es un incumplimiento a sus obligaciones de parte de los fondos privados accionados, lo cual le generó a la demandante un perjuicio patrimonial que se traduce en la diferencia de la mesada pensional que hubiese recibido en uno u otro régimen, no se puede trasladar esa carga a COLPENSIONES, más en tratándose de una persona que no ha contribuido a la financiación del régimen de prima media desde hace más de 25 años, pues si bien se ordena la devolución de unos emolumentos, los mismo resultan insuficientes para financiar la pensión de vejez, lo que vulnera el principio de sostenibilidad financiera, por lo que lo correcto hubiese sido imponer dicha carga prestacional al fondo que generó el perjuicio.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

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

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

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

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido".*

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *"ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las*

particularidades de cada asunto", criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

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

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

> *"Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento".*

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que efectuó la actora el 4 de julio de 1997, con COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A., efectiva a partir del 1º de septiembre de esa misma anualidad como se aprecia de la certificación del SIAFP, en el cual igualmente se observan los traslados horizontales que realizó posteriormente a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. y nuevamente a PROTECCIÓN S.A. (Folios 91 y 93 archivo 17), lo cierto es, que dicho formulario si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya

suministrado la información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *"Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado".*

Por otra parte, la actora en la declaración de parte que depuso señaló que estando al servicio del HOTEL SOFITEL le mencionaron la posibilidad de afiliarse a la AFP privada, aduciendo una crisis financiera del ISS que ponía en riesgo su pensión. En cuanto a su traslado a HORIZONTE dijo que se dio cuando ingresó a laborar a AIR FRANCE, sin más información y sin recibir asesoría de parte de un asesor del fondo privado; destacó que con el paso de los años un asesor de COLPENSIONES explicó en una charla grupal las características de cada régimen, sin embargo, le dijo que ya no se podía trasladar por que contaba con 47 años.

De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna sobre el pleno suministro de una debida información; luego, al ser el formulario de afiliación la única prueba que advierta una información de COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. al momento del traslado de la demandante según lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, luce evidente la carencia probatoria de esa encartada para soportar la inversión de la carga de la prueba que le asiste, lo cual por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P., sin que la reasesoría que se dijo se envió al correo electrónico de la gestora subsane dicha falencia, pues se reitera el deber de información debe suministrarse al momento del traslado de régimen pensional, situación que en efecto fue la que ocurrió cuando la gestora se trasladó del ISS a COLMENA, contrario a lo aducido por COLPENSIONES en su alzada.

Ahora bien, tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *"la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las*

Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:

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

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado a la actora para el año 1997, una *"Ilustración de las características, condiciones,*

acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales".

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

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

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

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

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

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

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

En otro giro, respecto a una posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera al declararse la ineficacia del traslado, al cual hace alusión COLPENSIONES con su apelación, debe memorarse que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha señalado sobre el particular:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Debe acotarse además que por activa no se pretendió que la AFP solucione una eventual mesada pensional bajo los presupuestos del régimen de prima media con prestación definida, consecuencia que además no advierte la jurisprudencia en tratándose de afiliados, por lo cual no es dable acceder a lo aducido por COLPENIONES en la alzada.

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

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

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

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR los numerales primero y tercero de la sentencia proferida el 23 de septiembre de 2022 por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, a fin de disponer:

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

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

De la misma forma, deberá proceder la demandada PROTECCIÓN antes COLMENA e ING y PORVENIR S.A. antes HORIZONTE S.A., frente a la devolución a COLPENSIONES de los gastos de administración de los aportes efectuados por la demandante mientras estuvo afiliada a esa administradora.

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

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **09 2020 00003 01**
Demandante:	ARTURO FERNANDO CORAL ROSERO
Demandados:	COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES al abogado OSCAR WILLIAM MONTES URREA, identificado con cédula de ciudadanía 1.053.836.281 y T.P. 316.002 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada COLPENSIONES en contra de la sentencia proferida el 29 de julio de 2022 por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor ARTURO FERNANDO CORAL ROSERO promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y PROTECCIÓN S.A., con la finalidad que se declare la anulación por ineficacia de la afiliación y el traslado que realizó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ante la omisión de la demandada COLFONDOS S.A. del deber profesional de información.

Como consecuencia de tal declaración, pretende se ordene su traslado y afiliación a COLPENSIONES, como si nunca se hubiera trasladado de régimen en virtud del principio de favorabilidad. Además, se ordene a PROTECCION S.A. devolver a COLPENSIONES todos los dineros que recibió con motivo de su afiliación, esto es, cotizaciones y bonos pensionales con todos los rendimientos que se hubieren causado según lo dispuesto en el artículo 1746 del C.C., junto con los gastos de administración, rubros que debe asumir de su propio patrimonio.

Igualmente, en caso de que se haya otorgado pensión por parte del fondo de pensiones privado al momento de dictarse la sentencia, la siga pagando hasta tanto sean trasladados todos los recursos a COLPENSIONES para financiar la deuda pensional y sea incluido en nómina de pensionados, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra* y *extra petita.*

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus aspiraciones, expuso que se afilió al sistema de seguridad social en pensiones a partir del 7 de marzo de 1983, trasladándose al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de COLFONDOS S.A. a partir del 22 de agosto 1994, AFP que no le entregó información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta respecto a las prestaciones económicas y beneficios que obtendría en ese régimen, ni sobre las implicaciones que debía tener en cuenta para tomar la decisión del cambio de régimen.

Adujo que COLFONDOS S.A. publicitó información que no correspondía con la verdad, ya que indicaba que se podría pensionar de manera anticipada, que la mesada pensional sería superior a la que recibiría en el ISS y obtendría rendimientos que le redundarían en una mesada pensional superior.

Narró que se trasladó a PROTECCIÓN S.A., a la cual solicitó información de su afiliación, además expuso que solicitó a COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y PROTECCIÓN S.A. la anulación su traslado, pedimentos que fueron resueltos de manera negativa.

De otro lado, refirió que de acuerdo con el cálculo actuarial que le fue realizado se determinó que su mesada en el RPMPD ascendería a $6.714.226, entre tanto, en el RAIS seria de $1.655.142, siendo evidente la diferencia en su mesada en uno y otro régimen. igualmente, sostuvo que en la actualidad se encuentra afiliado a PROTECCIÓN S.A. (Fls. 41 a 72 *archivo A3 folio 204 a 286 expediente digital*).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones, indicando que el demandante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad en uso de su derecho de libre escogencia de régimen de manera voluntaria, suscribiendo el formulario de afiliación aceptando en consecuencia haber sido suficientemente ilustrado e informado sobre las implicaciones de su traslado, por lo que el mismo tiene plena validez.

Propuso las excepciones de mérito de falta de legitimación en la causa por pasiva, improcedencia de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen, incumplimiento del afiliado con el deber legal de información como consumidor financiero, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, en casos de ineficacia del traslado de régimen, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), inexistencia de la obligación de afiliación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, presunción de legalidad de los actos jurídicos y la innominada o genérica. (Fls. 6 a 23 *A5 folio 288 a 319 expediente digital*).

Entre tanto, PROTECCIÓN S.A. al contestar la demanda se opuso a las pretensiones invocadas en el libelo genitor, aduciendo que la afiliación del

demandante a ese fondo constituye un acto jurídico plenamente válido, emanado de la voluntad del mismo y del cual nacieron obligaciones para ambas partes, el cual no puede ser desvirtuado por afirmaciones indeterminadas como las que alude el afiliado, dado que por su propia iniciativa, en forma libre y voluntaria decidió afiliarse a esa administradora. Además, se encuentra inmerso en la prohibición legal que consagra la Ley 797 de 2003, por estar a menos de 10 años de cumplir la edad límite de pensión por lo que no puede regresar a dicho régimen.

Como excepciones formuló las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarará la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, y la innominada o genérica. (Fls. 1 a 18 *A6 folio 320 a 412 expediente digital*).

A su vez, COLFONDOS S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda, señalando que brindó al demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones que le conllevaría su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, en la que se le asesoró acerca de las características de dicho régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el RPMPD, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen.

Como excepciones de mérito señaló las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, la innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago. (Fls. 88 a 102 *A7 folio 413 a 514 expediente digital*).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 29 de julio de 2022, resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por ARTURO FERNANDO CORAL ROSERO, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado el 22 de agosto de 1994 con fecha de efectividad el 1º de septiembre de 1994 a través de la AFP COLFONDOS S.A., por ende, se tendrá como si dicho traslado nunca hubiese ocurrido, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.*
>
> *SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES los valores que hubiere podido recibir con ocasión de la afiliación del demandante y que se encuentre en su cuenta de ahorro individual, tales como cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración, comisiones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, con sus frutos e intereses, dineros que deben ser traslados con sus respectivos aportes con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC reportado y el aporte pagado, conforme lo dispuesto en la parte motiva de la sentencia.*
>
> *Como consecuencia de lo anterior, se condena a COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES aquellos los valores que hubiere generado con ocasión de la administración como fondo de pensiones del demandante del periodo en el que estuvo a dicha AFP comprendido entre agosto de 1994 y el 19 de septiembre de 2002 y el 29 de marzo de 2005 y el 30 de agosto de 2010, tales como gastos de administración, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, con sus frutos e intereses si los hubiere, dineros que deben ser traslados en forma indexada y con cargo a sus propios recursos, conforme lo indicado.*
>
> *CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir a COLFONDOS y a PORTECCIÓN, sin reparo alguno todos los emolumentos mencionados en los numerales inmediatamente anteriores para efectos de reactiva la afiliación del demandante y proceder enseguida a efectuar los trámites administrativos para poder ver reflejados los aportes en la historia laboral del actor con la respectiva imputación de pagos.*
>
> *QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.*
>
> *SEXTO: CONDENAR en costas a las demandadas PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS y a favor de la demandante (…)."*

Para arribar a dicha conclusión, el *a-quo* hizo mención a las sentencias STL3201 de 13 de mayo de 2020, STL3716-2020, STL8125-2020 y la STL4802-2022, que dejaron sin efectos las sentencias de segunda instancia, exhortando a los operadores judiciales a acatar la línea jurisprudencial de esa Corporación, entre otras las sentencias con Radicación No. 31989 de 2008, SL4426-2019, SL1452-2019, SL373-2021. Seguidamente, dijo que el demandante nació el 16 de agosto de 1962 y cotizó al Instituto de Seguros Sociales entre 1983 a 1994, y que el 22 de agosto de 1994 se trasladó a COLFONDOS y posteriormente se trasladó a la administradora de fondos de pensiones SANTANDER, luego regreso a COLFONDOS, nuevamente paso a ING la cual se fusionó a PROTECCIÓN.

De la misma forma, indicó que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establece que la selección del régimen pensional debe ser libre y voluntaria, igualmente, sostuvo que la jurisprudencia de órgano de cierre de esta especialidad ha señalado que el traslado de régimen debe constatar que el afiliado estuvo frente a una decisión libre e informada al punto de que hubiese podido identificar los riesgos que le implicaba dicho acto, lo que no puede estimarse surtido con una manifestación genérica expresada en el formulario de afiliación, luego es deber de las administradoras de pensiones comprobar que cumplió con el deber de información, esto es, informar de las ventas y desventajas que implica el traslado de régimen, los cuales no se convalidan con los diferentes traslados horizontales, lo que en el caso de marras no se comprobó, lo que conlleva a la declaratoria de la ineficacia del traslado.

Igualmente dijo que no operaba la prescripción y ordenó la devolución de los valores que obren en la cuenta del actor a COLPENSIONES y condenó en costas a las demandadas PROTECCIÓN y COLFONDOS.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión, la demandada COLPENSIONES manifestó su disenso frente a la sentencia de primer grado, arguyó que en el proceso no se logró demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento que llevara a la declaratoria de la ineficacia del traslado del demandante, pues de las pruebas allegadas y del interrogatorio se entiende que por voluntad propia

decidió trasladarse de régimen pensional cuando suscribió los formularios de afiliación, situación que ratificó con su permanencia por más de quince años en el régimen de ahorro individual.

Además, expuso que el actor se encuentra válidamente afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, más si se tiene en cuenta que para la fecha del traslado no tenía ninguna prohibición legal que se lo impidiera y tampoco no lo hizo antes de encontrarse inmerso en dicha prohibición legal. Por último, sostuvo que de recibir al demandante se estaría afectando la estabilidad financiera del sistema, dado que debe reconocer y pagar una pensión de vejez que se sustenta con los aportes de quienes han permanecido en el régimen que administra, contrariando así el artículo 48 de la Constitución Política, en esa medida solicita se revoque el fallo de primer grado y se le absuelva de las pretensiones elevadas en la demanda.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

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

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

Acorde con lo anterior, en este punto cabe precisar que el presente asunto debe ser analizado bajo la institución de las ineficacias y no del régimen de las nulidades, tal como lo indicó la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, entre otras, en sentencia SL1859-2022, con Radicación No. 90488 de 16 de mayo de 2022, en la que expuso; *"El examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, según las sentencias CSJ SL1688-2019; CSJ SL1689-2019; CSJ SL3464-2019 y CSJ SL1465-2021, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas de retornar las situaciones a su estado inicial, conforme lo indica el artículo 1746 del CC, como también se orientó en los fallos CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1421-2019, el primero reiterado en los CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019"*. Dicho esto, es diáfano que la Sala no ahondara en los argumentos expuestos por COLPENSIONES en su apelación, respecto a las particularidades de las nulidades.

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

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

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido".*

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *"ni la legislación ni la*

jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial […] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto", criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

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

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

> *"Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento".*

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el

cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, o si se trasladó de manera horizontal, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido, contrario a lo aducido por COLPENSIONES en su alzada.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que efectuó el actor el 22 de agosto de 1994, con COLFONDOS S.A., lo cual se colige del reporte SIAF en el que se evidencia que dicha afiliación se efectivizó a partir del 1º de septiembre de esa misma anualidad, igualmente se evidencian los traslados que realizó a ING, COLFONDOS S.A. y a PROTECCIÓN S.A. (Fls. 21 *archivo A1 folio 1 a 100 expediente digital* y 21 *A6 folio 320 a 412 expediente digital*).

No obstante, huelga memorar lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida sobre el formulario de afiliación, *"Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado".*

Por otra parte, el actor en el interrogatorio de parte que depuso adujo que los asesores de COLFONDOS S.A. le ofrecieron mejor rentabilidad, que no le informaron sobre los aportes voluntarios, y que los diferentes traslados horizontales que realizó fueron producto de una indebida asesoría pues solo le hablaron de la rentabilidad, expuso que no tuvo un conocimiento pleno y exacto sobre su futuro pensional. De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna sobre el pleno suministro de una debida información por parte de COLFONDOS S.A.; luego, según lo ha adoctrinado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, luce evidente la carencia probatoria de esa encartada para soportar la inversión de la carga de

la prueba que le asiste, lo cual por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

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

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

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

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado al actor para el año 1994, una *"Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*".

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

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

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

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

> *"Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no*

hubiera ocurrido, lo que apareja que COLFONDOS S.A. Deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales".

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

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

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

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

"Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar

respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»".

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

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

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

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

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

jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

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

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

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

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

Con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *"la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible […] pues, recuérdese, «la*

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

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

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

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

Dimana de lo expuesto, la procedencia de la devolución de los conceptos que ordenó la juez de instancia a cargo de los fondos privados, y la correspondiente indexación de los estos y con cuenta a su propio patrimonio, sin que pueda de manera alguna. Así las cosas, la sentencia de primer grado será confirmada.

SIN COSTAS en esta instancia.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 29 de julio de 2022, por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **10 2019 00123 01**
Demandante:	EDITH PATRICIA GOMEZ MONTAÑEZ
Demandados:	COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

AUTO:

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A. en contra de la sentencia proferida el 27 de septiembre de 2022 por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora EDITH PATRICIA GOMEZ MONTAÑEZ promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., con la finalidad que se declare la nulidad de la afiliación que realizó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de COLPATRIA y PORVENIR S.A y que nunca dejó de pertenecer al régimen de prima media con prestación definida.

Como consecuencia de tales declaraciones, pretende se condene a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual junto con todos sus rendimientos, sin descontar comisiones por concepto de manejo, más lo que resulte probado *ultra* y *extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus aspiraciones, refirió que nació el 29 de noviembre de 1957, por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 36 años, igualmente, indicó que se vinculó el 20 de abril de 1987 al I.S.S., en donde permaneció hasta junio de 1998, alcanzado un total de 582 semanas. Seguidamente, afirmó que el 30 de junio de 1998 se trasladó al fondo de pensiones COLPATRIA.

Refirió que al afiliarse al fondo privado no recibió la asesoría que se requería para tomar una decisión libre y consciente, pues dicha administradora no le informó que era beneficiaria del régimen de transición, ni le informó sobre las ventajas y desventajas de cambiarse de régimen, que su mesada pensional dependía del capital ahorrado y que solo podía retornar al RPM hasta antes de faltar 10 años para cumplir la edad requerida para pensionarse, así como tampoco le realizó una proyección de su mesada teniendo en cuenta el bono pensional.

Añadió que el 15 de junio de 2006 se trasladó a PORVENIR S.A., administradora que incurrió en las mismas falencias del fondo anterior, ya que no le suministró la información necesaria sobre las ventajas y desventajas de ambos regímenes. Expuso que PORVENIR S.A. realizó simulación pensional indicando que a los 60 años su mesada en el RAIS seria de $2.084.700 y en el RPMPD ascendería a $6.470.000.

Relató que solicitó a COLPENSIONES el traslado de régimen con base en la nulidad de la afiliación, procediendo de la misma forma ante PORVENIR S.A., pedimento que fue denegado. (Fls. 40 a 54 archivo 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en el libelo introductorio, indicando que desconoce las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que la demandante efectuó el traslado del RPMPD al RAIS, además este se llevó a cabo en ejercicio del derecho de libre escogencia de régimen pensional consagrado en el artículo 13 literal b) de la Ley 100 de 1993 y cualquier vicio en el consentimiento deberá probarse en el trámite judicial.

Propuso las excepciones de mérito de prescripción y caducidad, declaratoria de otras excepciones y la de inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y de título para pedir. (Fls. 61 a 66 archivo 01).

Mediante auto de 12 de enero de 2022, se tuvo por no contestada la demanda PORVENIR S.A. (Archivo 07).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 27 de septiembre de 2022, resolvió:

> *"PRIMERO: Declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante señora EDITH PATRICIA GOMEZ MONTAÑEZ a la sociedad administradora de fondos COLPATRIA S.A. hoy PORVENIR S.A., mediante la suscripción de la afiliación que realizó el 30 de junio de 1998, en consecuencia, se declara ineficaz el traslado del RPMPD al RAIS, se ordena el regreso automático sin solución de continuidad al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES y se declaran ineficaces los traslados subsecuentes a HORIZONTE hoy PORVENIR, conforme a lo expuesto en la parte motiva.*
>
> *SEGUNDO: CONDENAR a ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a restablecer la afiliación de la demandante EDITH PATRICIA GOMEZ MONTAÑEZ, sin solución de continuidad conforme a lo expuesto en la parte motiva.*

TERCERO: CONDENAR a SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. hacer entrega a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora EDITH PATRICIA GOMEZ MONTAÑEZ, de conformidad con lo establecido en el artículo 1746 del C.C., esto es, con todos los rendimientos frutos e intereses que se hubieren causados y así mismo a realizar la devolución de los gastos de administración y primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia con cargo a sus propias utilidades, de manera indexada y los porcentajes destinados a la garantía de pensión mínima, descuentos que haya realizado a la demandante por estos conceptos con destino a COLPENSIONES, para lo cual se otorga el término de 15 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia. Deberá acompañar la devolución de dichas sumas de dinero con las documentos correspondientes al soporte de que se ha hecho la devolución de los dineros, documentales que deben dar cuenta de cuales fueron los valores recibidos por cotizaciones, rendimientos financieros, intereses o frutos que se hayan generado por esta sumas de dinero, asimismo que pueda observarse cuales fueron las sumas descontadas por gastos de administración, primas de seguros previsionales y porcentajes destinados a la garantía de pensión mínima, acorde con los dispuesto en la parte motiva de la sentencia.

CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a que una vez ingresen estas sumas de dinero, debe imputar de manera inmediata en la Historia Laboral de COLPENSIONES la información correspondiente a las semanas cotizadas por la demandante para efectos pensionales, así mismo, deberá revisar que la devolución haya sido efectuada por PORVENIR en la forma dispuesta en la sentencia.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones planteadas por las COLPENSIONES.

SEXTO: CONDENAR en costas de esta instancia a la AFP PORVENIR S.A. y a COLPENSIONES favor de la demandante."

Para arribar a dicha conclusión, la *a-quo* expuso que, según la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la presente controversia debe abordarse desde la institución de las ineficacias y no de las nulidades como lo solicita la activa, más adelante mencionó como sustento de su decisión los artículos 13, 14, 21, 33, 34, 36 de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993, el Decreto 2555 de 2010 y la Ley 1458 de 2014.

De la misma forma, hizo alusión a la jurisprudencia emanada por el órgano de cierre de esta jurisdicción que ha señalado que cuando no hay un traslado de régimen informado lo que procede es su ineficacia, pues el afiliado debe conocer las características de ambos regímenes pensionales, precisando que es el fondo

privado quien corre con la carga de la prueba, tendiente a demostrar que suministró al afiliado una debida información, situación que no se logró acreditar en el plenario, lo que no se prueba con la suscripción del formulario de afiliación, ni se reafirma con los diferentes traslados horizontales, más teniendo en cuenta que la actora en inicio por edad es beneficiaria del régimen de transición, aspectos todos que conllevan a la declaratoria de ineficacia.

En esa medida, ordenó el retorno de todas las sumas que reposen en la cuenta individual de ahorro de la actora, correspondiente a cotizaciones, frutos e intereses y los rendimientos, gastos de administración, los seguros previsionales, garantía de pensión mínima, sumas que deben ser indexadas al momento de la devolución.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión, PORVENIR S.A. la apeló. Solicita en la alzada se revoque en su integridad la sentencia y se le absuelva, aduciendo que si bien existe un pacífica jurisprudencia en casos como el presente, también lo es que se ha dicho que el mismo no puede ser aplicado de manera homogénea por el incumplimiento en el deber de información, ya que se deben tener en cuenta las particularidades de cada caso, máxime que la actora ejerció su derecho de libre elección de régimen, además, el formulario de afiliación cumple con los requisitos de ley que se exigían para la época del traslado.

En cuanto a los gastos de administración expuso que se trata de sumas que se causaron por la correcta administración de los recursos, lo que originó la existencia de rendimientos financieros, los cuales reposan en la cuenta y aumentan el valor de sus aportes, aunado a que la ley le concedió la potestad de descontar tales sumas, las que proceden en ambos regímenes, pues tal devolución generaría un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES; igualmente, tampoco procede la devolución por seguros previsionales pues están en poder de la compañía aseguradora; por último solicita se revoque la indexación de las sumas a devolver ya que se dispuso la devolución de los rendimientos, lo que resulta excluyente con la indexación.

Por su parte, COLPENSIONES en su alzada argumentó que el traslado de régimen tiene plena validez, luego no es nula la afiliación, máxime que no fueron probados los vicios del consentimiento, por lo cual el traslado de régimen se dio de manera libre y voluntaria; además el asesor del fondo privado informó a la actora sobre los efectos jurídicos que le acarrearía el traslado de régimen.

De otra parte, que la actora se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado, por encontrarse a menos de 10 años de la edad de pensión. Finalmente, solicita se le absuelva de la condena en costas ya que se trata de un tercero de buena fe.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de

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

Acorde con lo anterior, en este punto cabe precisar que tal como lo concluyó la falladora de instancia el presente asunto debe ser analizado bajo la institución de las ineficacias y no del régimen de las nulidades, tal como lo indicó la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, entre otras, en sentencia SL1859-2022, con Radicación No. 90488 de 16 de mayo de 2022, en la que expuso; *"El examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, según las sentencias CSJ SL1688-2019; CSJ SL1689-2019; CSJ SL3464-2019 y CSJ SL1465-2021, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas de retornar las situaciones a su estado inicial, conforme lo indica el artículo 1746 del CC, como también se orientó en los fallos CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1421-2019, el primero reiterado en los CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019"*. Dicho esto, es diáfano que la Sala no ahondara en los argumentos expuestos por COLPENSIONES en su apelación, respecto a las particularidades de las nulidades.

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

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

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

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido".*

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *"ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del*

cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto", criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

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

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

> *"Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento".*

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, o si se trasladó de manera horizontal, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido, contrario a lo aducido por las impugnantes en su alzada.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que efectuó la actora el 30 de junio de 1998, con COLPATRIA y el traslado horizontal que realizó el 15 de junio de 2006 con PORVENIR S.A. (Folios 14 y 15 archivo 01), formularios que, si bien refieren que la decisión se adoptó de manera libre y voluntaria, no acreditan que en efecto se haya suministrado la información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *"Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado".*

Por otra parte, la demandante en la declaración de parte que depuso señaló que, el 30 de junio de 1998 en las oficinas de RAYO GAS, se llevó a cabo una reunión con una asesora de COLPATRIA, la cual les dijo a ella y a tres personas más, que la mejor opción era trasladarse a los fondos de ahorro privado, en tanto el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES con el tiempo iba a desaparecer; precisó que la reunión duró cinco o diez minutos, suscribiendo así el formulario de afiliación, sin que el fondo suministrara más información, aspectos que fueron confirmados por el testigo JAVIER HUMBERTO BELTRÁN SARMIENTO.

De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna sobre el pleno suministro de una debida información; luego, al ser el formulario de afiliación la única prueba que advierta una información de PORVENIR S.A. antes COLPATRIA, al momento del traslado de la demandante según lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, luce evidente la carencia probatoria de esa encartada para soportar la inversión de la carga de la prueba que le asiste, lo cual por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

Ahora bien, tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *"la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las*

Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:

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

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado a la actora para el año 1998, una *"Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye*

dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales".

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

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

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

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

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

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

deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión, luego, acorde con tales consideraciones resultan imprósperos los argumentos esbozados por PORVENIR S.A. en su alzada.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De ese modo, luce acertada la decisión de la juez de instancia de ordenar la devolución de los rendimientos y la indexación de los conceptos a los cuales se hizo alusión en la sentencia de primera instancia. Corolario de lo anterior, se confirmará en su integridad la sentencia de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, proferida el 27 de septiembre de 2022, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **12 2021 00070 01**
Demandante:	BETSABE PULIDO RODRÍGUEZ, MILADY PULIDO RODRÍGUEZ, FREDY PULIDO RODRÍGUEZ, ROSMALY PULIDO RODRÍGUEZ, JOSÉ VALERIO PULIDO BARBOSA
Demandado:	COLPENSIONES
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

AUTO:

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 4 de marzo de 2022 por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

Los señores BETSABE PULIDO RODRÍGUEZ, MILADY PULIDO RODRÍGUEZ, FREDY PULIDO RODRÍGUEZ, ROSMALY PULIDO RODRÍGUEZ y JOSÉ VALERIO PULIDO BARBOSA, promovieron demanda ordinaria en contra de COLPENSIONES, a fin de declararse que la señora BLANCA BETSABE RODRÍGUEZ DE PULIDO (q.e.p.d.), fue calificada por la encartada con una pérdida de capacidad laboral del 65.2% de origen común y una fecha de estructuración a partir del 14 de febrero de 2018, así como que la causante tenía derecho al reconocimiento y pago de una pensión de invalidez desde el referido 14 de febrero de 2018 hasta la fecha de su fallecimiento, esto es, el 28 de agosto de 2018, las cuales nunca le fueron reconocidas.

Igualmente, se declare que COLPENSIONES fue morosa en su gestión de calificación y reconocimiento de la prestación de la causante, tanto así que falleció antes de que la entidad reconociera el derecho pensional, al igual que se declare que por tratarse de mesadas del patrimonio de la fallecida, como herederos tienen derecho a reclamarlas.

Por consiguiente, se le condene a COLPENSIONES reconocer y pagar las mesadas pensionales causadas por el fallecimiento de la señora BLANCA BETSABE RODRÍGUEZ DE PULIDO comprendidas entre el 14 de febrero y el 28 de agosto de 2018, junto con el pago de intereses moratorios hasta la fecha en que se produzca el correspondiente pago.

Asimismo, se le ordene a COLPENSIONES que los anteriores pagos a favor de BLANCA BETSABE RODRÍGUEZ DE PULIDO (q.e.p.d.), sean efectuados a la sucesión ya que como demandantes son hijos de la causante, más lo que resulte probado de manera *ultra* y *extra petita*.

1.2. SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirieron que la señora BLANCA BETSABE RODRÍGUEZ DE PULIDO (q.e.p.d.), nació el 13 de agosto de 1951, quien se encontraba enferma de un tumor maligno de endometrio, patología también conocida como cáncer de útero que se hizo metastásico.

Expusieron que la señora BLANCA BETSABE RODRÍGUEZ DE PULIDO inició el trámite de calificación de pérdida de capacidad laboral ante la encartada desde el mes de marzo de 2018, quien falleció por causas de origen común el 28 de agosto de 2018 y a la espera de su calificación de pérdida de capacidad laboral, la cual tardó más de 6 meses.

Refirieron que COLPENSIONES expidió el dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral No. 2018285553CD del 29 de agosto de 2018, donde se determinó una pérdida de capacidad laboral a la señora BLANCA BETSABE RODRÍGUEZ DE PULIDO del 65.2% de origen común, y una fecha de estructuración a partir del 14 de febrero de 2018, dictamen respecto del cual no se interpusieron recursos.

Aunado a lo anterior, expusieron que la señora BLANCA BETSABE RODRÍGUEZ DE PULIDO para el 14 de febrero de 2018 se encontraba cotizando como independiente, así como que dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración de su enfermedad había cotizado 92 semanas, sin que se le hubiese cancelado alguna incapacidad de manera posterior a dicha estructuración, de ahí que la fallecida dejara causada la prestación de invalidez.

Enfatizaron que la causante y el señor JOSÉ VALERIO PULIDO BARBOSA convivieron por más de 45 años, procreando hijos quienes en la actualidad son mayores de 25 años y plenamente capaces.

Por último, mencionaron que COLPENSIONES mediante la Resolución SUB288865 del 2 de noviembre de 2018 reconoció pensión de sobrevivientes a favor de JOSÉ VALERIO PULIDO BARBOSA en su calidad de cónyuge de la causante a partir del 28 de agosto de 2018 en cuantía de un S.M.L.M.V., pero sin que sustituyera la pensión de invalidez que quedó causada, mucho menos pagó el retroactivo de la misma desde el día 14 de febrero de 2018, máxime si a través de la Resolución DNP002698 del 12 de diciembre de 2018 la entidad en lugar de cancelar los valores que adeudaba a la causante respecto de la pensión de invalidez, solicitó el reintegro de dichos dineros.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda indicando en términos generales que la fallecida BLANCA BETSABE RODRÍGUEZ DE PULIDO causó el derecho percibir pensión de invalidez; sin embargo, la misma no fue solicitada, sumado a que en aras de impartir diligencia, fue por lo que se reconoció pensión de sobrevivientes a favor del señor VALERIO PULIDO MENDOZA mediante la Resolución No. 288865 del 2 de noviembre de 2018, a partir 28 de agosto de la misma anualidad.

Formuló como medios exceptivos los denominados prescripción y caducidad, declaratoria de otras excepciones, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir y no configuración de intereses moratorios.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 4 de marzo de 2022 condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar el retroactivo pensional de invalidez *post mortem* causado por la señora BLANCA BETSABE RODRÍGUEZ DE PULIDO por el periodo comprendido entre el 14 de febrero y el 28 de agosto de 2018 en cuantía de un S.M.L.M.V. respectivamente, al igual que condenó a la entidad al pago de intereses moratorios a partir del 10 de julio de 2020 y hasta que se efectúe el correspondiente pago de la prestación.

Para arribar a dicha conclusión, el operador de instancia indicó en primer lugar que los artículos 38 y siguientes de la Ley 100 de 1993 han pregonado que en materia de pensión de invalidez los requisitos para su causación consisten en (i) una pérdida de capacidad laboral no provocada intencionalmente mayor o superior al 50% previamente declarada, certificada o demostrada y; (ii) la densidad de semanas, y que para efectos de afiliados se deben acreditar 50 semanas dentro de los últimos tres años o con la causación de semanas para dichos efectos.

Seguidamente, relató que la causante BLANCA BETSABE RODRÍGUEZ DE PULIDO cotizó un total de 1.025 semanas, cumpliendo con la densidad de 50 semanas durante los últimos tres años, incluso a pesar de que tuviese cotizadas semanas con posterioridad a la fecha de estructuración que lo fue el 14 de febrero de 2018 según se evidencia del dictamen de pérdida de capacidad laboral expedido por la misma COLPENSIONES, dictamen que por demás demuestra que a la fallecida le fue determinada una pérdida de capacidad laboral del 65.2%.
Por otra parte, refirió que de manera *post mortem* al aquí demandante señor JOSÉ VALERIO PULIDO BARBOSA le fue reconocida una pensión de sobrevivientes a partir del 28 de agosto de 2018 mediante Resolución SUB288865 del 2 de noviembre de 2018, así como que la señora BLANCA BETSABE RODRÍGUEZ DE PULIDO falleció el 28 de agosto de esa misma anualidad según se desprende del registro civil de defunción.

Que por tal razón, quedó plenamente acreditado que la fallecida dejó causado antes de su fallecimiento el derecho al pago de la pensión de invalidez, máxime que de conformidad con lo preceptuado en los artículos 38 y siguientes de la Ley 100 de 1993, cuando el afiliado ostenta más del 75% de las semanas mínimas que para el caso de la pensión de vejez ascienden a 1300, se requerían 26 semanas dentro de los últimos tres años, lo que conlleva a su vez que la prestación ascienda a un S.M.L.M.V.

De otra parte, expuso que de acuerdo al reporte de incapacidades expedido por la EPS SALUD TOTAL respecto de la fallecida señora BLANCA BETSABE RODRÍGUEZ DE PULIDO, militan incapacidades por el periodo comprendido entre el 22 de junio y el 11 de diciembre de 2004, aspecto que permite concluir que para el periodo comprendido entre el 14 de febrero y el 28 de agosto de 2018, no fueron reportadas incapacidades, de allí que no resulte incompatible el pago de incapacidades con la pensión de invalidez, más aún si atendiendo la postura de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el hecho de que existan incapacidades no implica que se se extinga el derecho a la pensión de invalidez; circunstancia por la cual, es procedente el reconocimiento y pago del retroactivo pensional sobre los extremos temporales ya enunciados.

Asimismo, sostuvo que el retroactivo causado a razón de pensión de invalidez entre el 14 de febrero y el 28 de agosto de 2018 arroja la suma de $4.791.618. También expuso que en razón a que es un retroactivo *post mortem*, y la presente demanda se instauró por parte de personas que tienen vocación hereditaria para todos los efectos, dispuso que el pago del retroactivo no se cancelaría de manera directa a los demandantes, sino que este debe generarse a favor de la sucesión de la señora BLANCA BETSABE RODRÍGUEZ DE PULIDO.

En lo que respecta al pago de los intereses moratorios regulados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, señaló que en atención de los planteamientos adoctrinados por el órgano de cierre, estos rubros tienen una naturaleza netamente resarcitoria mas no sancionatoria y proceden ante un simple retardo al pago de las mesadas pensionales, por lo que fulminó condena sobre este punto, precisando que al haberse elevado reclamación administrativa ante la encartada el 10 de enero de 2020, contando cuatro meses para la imposición de la condena a la luz de la normativa en comento, dicho pago opera a partir del 10 de julio de 2020 hasta el momento en que se efectúe el pago del retroactivo concedido.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión COLPENSIONES la apeló. Indicó en su alzada que debe revocarse la condena de primer grado en su integridad, como quiera que a través de la Resolución SUB288865 del 2 de noviembre de 2018 y con ocasión del fallecimiento de la señora BLANCA BETSABE RODRÍGUEZ DE PULIDO, le fue reconocida una pensión de sobrevivientes al señor JOSÉ VALERIO PULIDO BARBOSA a partir de la fecha del deceso de la causante, esto es, 28 de agosto de 2018, sumado a que en dicho acto administrativo no se encontraron los soportes de pago donde se evidenciara que la fallecida venía afiliada al régimen contributivo, de ahí que no sea posible acceder al reconocimiento del retroactivo pensional, más aún si existían pagos por parte de la EPS SALUD TOTAL a favor de la fallecida por concepto de incapacidades.

Igualmente, solicita la absolución de la condena en costas que le fuese impuesta en primera instancia teniendo en cuenta los parámetros de buena fe, toda vez que en

la actualidad se ha venido cancelando al señor JOSÉ VALERIO PULIDO BARBOSA pensión de sobrevivientes, absolución que también debe prosperar frente al pago de los intereses moratorios impuestos, ya que no ha existido mora alguna en el pago de mesadas pensionales derivadas del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, como problema jurídico principal la Sala deberá auscultar si la señora BLANCA BETSABE RODRÍGUEZ DE PULIDO (q.e.p.d.), en vida dejó causada la pensión de invalidez que persiguen los aquí demandantes.

De prosperar lo anterior, deberá determinarse igualmente si es procedente el reconocimiento y pago de los intereses moratorios preceptuados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 que le fuesen impuestos a COLPENSIONES, junto con la condena por concepto de costas procesales.

c. Del caso en concreto:

Previo a abordar los planteamientos jurídicos expuestos en precedencia, la Sala precisa en primer lugar no fue objeto de reproche los siguientes aspectos:

_ Que la señora BLANCA BETSABE RODRÍGUEZ (q.e.p.d.), falleció el 28 de agosto de 2018 como da cuenta el registro civil de defunción (Fls. 18 y 19 – PDF 01 DEMANDA Y ANEXOS).

_ Que los demandantes BETSABE PULIDO RODRÍGUEZ, MILADY PULIDO RODRÍGUEZ, FREDY PULIDO RODRÍGUEZ y ROSMALY PULIDO RODRÍGUEZ, son hijos de la fallecida BLANCA BETSABE RODRÍGUEZ DE PULIDO (q.e.p.d.), sujetos todos que al momento del fallecimiento de la causante eran mayores de 25 años como da cuenta copia de los correspondientes registros civiles de nacimiento y cédulas de ciudadanía (Fls. 29 a 30, 32 a 33, 35 a 36 y 38 a 39 – PDF 01 DEMANDA Y ANEXOS).

_ Que con ocasión del fallecimiento de la señora BLANCA BETSABE RODRÍGUEZ DE PULIDO, la demandada COLPENSIONES mediante Resolución SUB288865 del 2 de noviembre de 2018 le reconoció pensión de sobrevivientes al aquí demandante señor JOSÉ VALERIO PULIDO BARBOSA en calidad de cónyuge de la causante, a partir del 28 de agosto de 2018 en cuantía de un S.M.L.M.V. (Fls. 42 a 49 – PDF 01 DEMANDA Y ANEXOS).

d. De la pensión de invalidez:

El artículo 38 de la Ley 100 de 1993, establece:

> ***"ARTÍCULO 38. ESTADO DE INVALIDEZ.*** *Para los efectos del presente capítulo se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral."*

A su turno, el artículo 39 de la misma disposición normativa, modificado por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, dispuso:

> ***"ARTÍCULO 39. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE INVALIDEZ.*** *<Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:*
>
> 1. *Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.*
>
> 2. *Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma.*

> ***PARÁGRAFO 1o.*** *<Parágrafo CONDICIONALMENTE exequible> Los menores de veinte (20) años de edad sólo deberán acreditar que han cotizado veintiséis (26) semanas en el último año inmediatamente anterior al hecho causante de su invalidez o su declaratoria.*
>
> ***PARÁGRAFO 2o.*** *Cuando el afiliado haya cotizado por lo menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, solo se requerirá que haya cotizado 25 semanas en los últimos tres (3) años."*

En tal sentido, en primera medida se advierte que en lo que concierne al estado de invalidez para el reconocimiento de la prestación, milita el Dictamen No. 2018285553CD del 29 de agosto de 2018 a través del cual COLPENSIONES le determinó a la señora BLANCA BETSABE RODRÍGUEZ DE PULIDO una pérdida de capacidad laboral de origen común del 65.2%, cuya fecha de estructuración se ocasionó a partir del 14 de febrero de 2018, dictamen que quedó en firme ante la falta de interposición de recursos; constituyéndose así el primer requisito para el reconocimiento de la prestación según los lineamientos del artículo 38 de la Ley 100 de 1993 (Fls. 20 a 24 – PDF 01 DEMANDA Y ANEXOS).

Ahora bien, en lo que atañe al requisito de las semanas necesarias para el otorgamiento pensional en los términos del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, la norma en mención para el presente asunto determina dos supuestos para la adquisición de este requisito, siendo el primero de ellos que el afiliado haya cotizado 50 semanas dentro de los últimos tres años a la fecha de estructuración, mientras que el segundo dispone que cuando el afiliado haya cotizado por lo menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, tan solo requerirá haber cotizado 25 semanas dentro en los últimos tres años de su invalidez.

Así las cosas, confrontada la Resolución SUB288865 del 2 de noviembre de 2018 mediante la cual le fue reconocida pensión de sobrevivientes al aquí demandante señor JOSÉ VALERIO PULIDO BARBOSA en calidad de cónyuge de la causante señora BLANCA BETSABE RODRÍGUEZ DE PULIDO y, conforme lo dispuso el *a-quo*, la referida señora BLANCA BETSABE acreditó en el periodo comprendido entre el 15 de agosto de 2015 y el 14 de febrero de 2018, última calenda que versa a la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral, interregno que comprende los últimos tres años que dispone el artículo 1º de la Ley 860 de 2003,

un total de 363.48 semanas; circunstancia por la cual, palmario resulta que en efecto le asistía derecho al reconocimiento y pago de la pensión objeto de estudio en atención del primer requisito pensional que regula la norma y que se circunscribe a acreditar 50 semanas dentro de los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.

Por otra parte, refiere la Sala que uno de los argumentos de la alzada de COLPENSIONES se encuentra encaminado a que la fallecida señora BLANCA BETSABE RODRÍGUEZ DE PULIDO ostentaba pago de incapacidades sobre algunas fechas de los tres años inmediatamente anteriores a la estructuración de la pérdida de capacidad laboral por parte de la EPS SALUD TOTAL, de ahí que no fuese posible acreditar el pago de la pensión de invalidez, argumento que resulta impróspero, como quiera que confrontada la certificación que allegara la entidad promotora de salud el 26 de enero de 2022, a la señora BLANCA BETSABE RODRÍGUEZ DE PULIDO si bien le fueron generadas incapacidades, lo cierto es que las mismas se llevaron a cabo para el año 2004, tópico que conlleva a que no hubiese existido un doble pago del sistema como lo alegó la encartada.

En gracia de discusión debe acotarse que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1562-2019, Radicación No. 73026 del 30 de abril de 2019, fue enfática en exponer que el aspecto de incapacidades no es óbice para el reconocimiento de la pensión de invalidez:

> *"Ahora bien, en lo que atañe a la incompatibilidad entre el pago de mesadas pensionales y subsidios por incapacidad temporal, el artículo 3 del Decreto 917 de 1999, establece que:*
>
> *"FECHA DE ESTRUCTURACIÓN O DECLARATORIA DE LA PÉRDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL. Es la fecha en que se genera en el individuo una pérdida en su capacidad laboral en forma permanente y definitiva. Para cualquier contingencia, esta fecha debe documentarse con la historia clínica, los exámenes clínicos y de ayuda diagnóstica, y puede ser anterior o corresponder a la fecha de calificación. En todo caso, mientras dicha persona reciba subsidio por incapacidad temporal, no habrá lugar a percibir las prestaciones derivadas de la invalidez (subrayado fuera del texto).*
>
> *"De cara a lo establecido en el citado precepto, estima la Sala que el juez de apelaciones tampoco lo desconoció ni le dio un entendimiento erróneo, pues, por el contrario, al descontar del pago del retroactivo pensional los periodos de subsidios por incapacidad temporal, procuró armonizar lo establecido en el*

decreto enunciado con las restantes disposiciones de la Ley 100 de la 1993, que ordenan el reconocimiento de la prestación desde el momento de estructuración de la invalidez y salvaguardar el propósito indiscutible de auxilio.

"Al respecto, se insiste en que el citado artículo 40 de la Ley 100 de 1993 es claro en indicar que la pensión de invalidez por riesgo común debe otorgarse, de manera retroactiva, a partir de la fecha en que se produce el estado de invalidez, es decir, desde cuando la pérdida de la capacidad laboral alcanza un porcentaje igual o superior al 50% (artículo 39 de la Ley 100 de 1993). De lo que se deriva que el legislador en el citado precepto no estableció ni explícita ni tácitamente, condición alguna, diferente al estado de invalidez, para proceder al reconocimiento del derecho pensional desde la fecha de estructuración.

"Por tanto, ese estado de invalidez igual o superior al 50%, previamente determinado por el organismo médico competente, no puede entenderse disminuido o extinguido por el hecho de que el afiliado hubiese percibido pagos por concepto de incapacidades temporales, pues estos pagos no redundan en la disminución de la invalidez, cuyo amparo es el objetivo principal del derecho pensional.

"De modo que, como bien lo dedujo el Tribunal, de cara a la incompatibilidad establecida en el artículo 3 del Decreto 917 de 1999, cuando, como en el presente asunto, el retroactivo pensional cobija periodos que también han sido cubiertos por subsidios por incapacidades temporales, la prohibición de que trata el citado decreto, a lo sumo, conduciría a la imposibilidad de que se disfruten o perciban, a la vez, la mesada pensional y el subsidio por la incapacidad, pero no a la imposibilidad del reconocimiento del derecho pensional."

Teniendo en cuenta lo anterior, la señora BLANCA BETSABE RODRÍGUEZ DE PULIDO dejó causada pensión de invalidez a partir del 14 de febrero de 2018 y hasta el 28 de agosto de 2018, calenda última cuando falleció.

e. Del monto de la mesada y retroactivo pensional:

Sobre este tópico y atendiendo lo establecido en el artículo 40 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con lo determinado por el fallador de instancia, teniendo en cuenta las cotizaciones efectuadas en vida por la señora BLANCA BETSABE RODRÍGUEZ DE PULIDO, el monto de la mesada pensional por invalidez asciende a un S.M.L.M.V.; circunstancia por la cual, COLPENSIONES deberá cancelar a razón de retroactivo pensional por el periodo comprendido entre el 14 de febrero y el 28 de agosto de 2018 la suma de $5.046.823.32.

RETROACTIVO PENSIONAL			
AÑO	**SALARIO**	**MESADAS**	**TOTAL**
2018	$ 781.242,00	6,46	$ 5.046.823,32
TOTAL SEMANAS			**$ 5.046.823,32**

Frente a la excepción de prescripción, la misma no goza de prosperidad, toda vez que la señora BLANCA BETSABE RODRÍGUEZ DE PULIDO falleció el 28 de agosto de 2018, por lo que los demandantes solicitaron el pago de la pensión de invalidez con destino a herederos el 10 de enero de 2020, presentándose la demanda el 16 de febrero de 2021, situaciones por las que no operó el fenómeno trienal de prescripción de ninguna mesada pensional de conformidad con lo estatuido en los artículos 488 y 489 del C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S.

Además, se dispondrá que con ocasión del retroactivo pensional aquí reconocido, se autorice a COLPENSIONES con la finalidad de que efectúe los correspondientes descuentos en salud.

f. Del reconocimiento y pago de intereses moratorios reglados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993:

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3895-2022, Radicación No. 93577 del 31 de octubre de 2022, dentro de un asunto de reconocimiento de pensión de invalidez en lo que atañe a los intereses moratorios sostuvo:

> *"El recurrente centra su inconformidad en la imposición de la condena a intereses moratorios conforme al artículo 141 de la Ley 100 de 1993 sin tener en cuenta que el reconocimiento de la pensión de invalidez lo fue en aplicación de un criterio jurisprudencial.*
>
> *Para resolver, advierte la Sala que, acompaña la razón al reclamo de la censura pues la invariable posición de esta Corte tiene establecido que los intereses moratorios previstos en la norma, no proceden cuando el reconocimiento del derecho pensional nace, como en este caso, de una creación jurisprudencial, tal como lo ilustra entre otras la CSJ SL3087-2014 reiterada en la SL11234-2015 y memorada en la sentencia CSJ SL763-2018"*

Así las cosas, dentro del caso de marras no se configuró esta situación; por el contrario, COLPENSIONES argumenta que no debe operar esta imposición pues a su juicio con ocasión del deceso de la señora BLANCA BETSABE RODRÍGUEZ DE PULIDO le fue reconocida pensión de sobrevivientes en su calidad de cónyuge al señor JOSÉ VALERIO PULIDO BARBOSA, situación que refleja una notoria tardanza y desconocimiento en el pago de la pensión de invalidez aquí deprecada, máxime si la entidad nunca efectuó pronunciamiento alguno sobre lo pertinente.

Para tal efecto, teniendo en cuenta los cuatro meses con los que contaba la entidad para efectivizar el pago y teniendo en cuenta que la reclamación administrativa se elevó el 10 de enero de 2020, los intereses moratorios debieron operar a partir del 11 de mayo de 2022, pero en virtud a que el extremo de pago por este concepto no fue apelado por los demandantes y en eras de que el proceso se estudia en consulta a favor de COLPENSIONES, este aspecto se mantendrá incólume.

Frente al pago de costas procesales dispuesto en primer grado en contra de COLPENSIONES, dicha condena se ajusta a la ley en tanto, de conformidad con lo estatuido en el artículo 365 del C.G.P., la encartada fue vencida en juicio, de ahí que deba imponerse condena sobre ese rubro.

Por último, pone de presente la Sala que el mencionado retroactivo deberá tener como destino la masa sucesoral de la fallecida señora BLANCA BETSABE RODRÍGUEZ DE PULIDO; quedando así facultada COLPENSIONES para que previo el respectivo pago, efectúe la correspondiente comprobación del cumplimiento de los requisitos y la calidad de beneficiarios de quienes reclamen el desembolso de las mesadas causadas en el lapso anteriormente referido, como así lo dispuso el fallador de primera instancia.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a COLPENSIONES reconocer y pagar por concepto de retroactivo pensional de la fallecida señora BLANCA BETSABE RODRÍGUEZ DE PULIDO por el periodo comprendido entre el 14 de febrero y el 28 de agosto de 2018 la suma de $5.046.823.32, monto que deberá tener como destino la masa sucesoral de la causante, autorizando los respectivos descuentos a salud.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENISONES. Fíjense como valor de agencias en derecho la suma de $1.000.000, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **17 2019 00195 01**
Demandante:	NÉSTOR GUILLEM CASTAÑEDA BUSTOS
Demandado:	URBANOS LOGÍSTICOS S. EN C., PORVENIR S.A., LEONOR PINZÓN DE ANGULO y MARIO ANGULO
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante y demandados URBANOS LOGÍSTICOS S. EN C., LEONOR PINZÓN DE ANGULO y MARIO ANGULO, en contra de la sentencia proferida el 14 de junio de 2022 por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor NÉSTOR GUILLEM CASTAÑEDA BUSTOS promovió demanda ordinaria laboral en contra de URBANOS LOGÍSTICOS S. EN C., LEONOR PINZÓN DE ANGULO, MARIO ANGULO y PORVENIR S.A., a fin de declararse que laboró con URBANOS LOGÍSTICOS S. EN C. mediante contrato de trabajo a término indefinido por el periodo comprendido entre el 5 de diciembre de 1993 y el 10 de julio de 2018 desempeñando el cargo de Coordinador de Mantenimiento de Tractomula, finiquito que fue ocasionado sin justa causa por parte de la empleadora.

Por consiguiente, se condene a URBANOS LOGÍSTICOS S. EN C. a reconocer y pagar cesantías e intereses a las cesantías por el periodo comprendido entre el 5 de

diciembre de 1993 y el 1º de junio de 2005, reajuste salarial en un valor de $950.000 de acuerdo al salario que venía devengando en el año 2014, excedente del reajuste salarial de lo que debía devengar desde el 1º de enero de 2015 hasta el 10 de julio de 2018 cuando le desmejoraron el salario, así como el pago y liquidación de las prestaciones sociales teniendo en cuenta como último salario la suma de $950.000.

Asimismo, se la condene al pago de la indemnización moratoria reglada en el artículo 65 del C.S.T., sanción por despido sin justa causa regulado en la misma norma y sanción por la no consignación de las cesantías en el correspondiente fondo según lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Que se condene a URBANOS LOGÍSTICOS S. EN C., LEONOR PINZÓN DE ANGULO y MARIO ANGULO, personas en calidad de socios de la primera referida, a la afiliación y pago del cálculo actuarial de los periodos pensionales comprendidos entre el 5 de diciembre de 1993 y el 1º de junio de 2005, para que con ocasión de ello, se condene a PORVENIR S.A. reconocer y pagar la pensión de vejez contemplada en los artículos 64 y 65 de la Ley 100 de 1993, junto con el retroactivo a que haya lugar.

En forma subsidiaria, se le condene a URBANOS LOGÍSTICOS S. EN C., LEONOR PINZÓN DE ANGULO y MARIO ANGULO, últimos en calidad de socios de la primera, a la pensión sanción, intereses moratorios y costas procesales.

1.2. SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que celebró con la demandada URBANOS LOGÍSTICOS S. EN C. contrato individual de trabajo a término indefinido el 5 de diciembre de 1993, cuando la encartada tenía la razón social COMPAÑÍA INTERNACIONAL AGROPECUARIA S. EN C., relación contractual que abarcó hasta el 10 de julio de 2018, desempeñando el cargo de Coordinador de Mantenimiento de Tracto Camiones los cuales eran utilizados para el transporte de combustibles, devengando como último salario la suma de $781.242.

Que a pesar de lo anterior, el salario referido fue desmejorado desde el año 2014, teniendo en cuenta que para esa anualidad percibía la suma de $950.000.

Seguidamente, indicó que estuvo obligado de manera permanente a cumplir las órdenes impuestas por la empleadora con una constante subordinación, así como que el 10 de julio de 2018 la pasiva finalizó el contrato de trabajo sin justa causa, efectuándose un pago de una indemnización a razón de tal circunstancia.

Expuso que el mismo 10 de julio de 2018 efectuó un requerimiento de forma verbal a la sociedad URBANOS LOGÍSTICOS S. EN C. con la finalidad que fuesen canceladas sus acreencias laborales, sin que la pasiva reconociera lo atinente a cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones y aportes al sistema de seguridad social en pensiones por el periodo comprendido entre el 5 de diciembre de 1993 y el 1º de junio de 2005.

Por último, refirió que debe ser reajustado y pagado el salario desde que se ocasionó la disminución salarial hasta la terminación del contrato, así como que se debe reajustar el pago de la liquidación final de prestaciones sociales teniendo en cuenta un último salario base en la suma de $950.000.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

URBANOS LOGÍSTICOS S. EN C., LEONOR PINZÓN DE ANGULO y MARIO ANGULO contestaron la demanda de manera conjunta con oposición de las pretensiones formuladas en su contra. Manifestaron aceptar la existencia del contrato de trabajo a término indefinido, poniendo de presente que, confrontada la hoja de vida del demandante, desde enero de 1998 hasta el mes de agosto de 2003 el actor laboraba ocupando el cargo de Escolta al servicio de la compañía CONSITE LTDA., planeando y ejecutando actividades de protección de personas.

Al unísono, refirieron que en efecto el demandante laboró al servicio de URBANOS LOGÍSTICOS S. EN C. hasta el 10 de julio de 2018 en el cargo de Coordinador de Mantenimiento de los Tracto Camiones; sin embargo, el comercio y transporte en tractomulas por la notoria crisis de seguridad que atraviesa el país conllevó a que

prescindiera de todos los vehículos automotores, para lo cual desde el año 2013 no se trabajó con ningún tipo de vehículos, de ahí que el demandante no ejercía ninguna actividad en la medida que no había cargo que pudiera ocupar, pero a pesar de ello, se le continuó pagando el respectivo salario.

Frente a la disminución del salario que aduce el demandante, refirieron que por voluntad bilateral, sin inducción en error, fuerza o dolo, se acordó con el actor el salario devengado, en la medida que desde el año 2013 no existían vehículos y, por ende, el actor no tenía función alguna de coordinar mantenimiento de los tractocamiones, más aún si a pesar de ser sufragados los derechos laborales, desde el mencionado año 2013 no recibía órdenes, no cumplía horario ni se encontraba subordinado.

Formularon como medios exceptivos los denominados inexistencia de la relación laboral por el periodo comprendido entre el 5 de diciembre de 1993 y el 1º de junio de 2005, cumplimiento de todas las obligaciones laborales por parte del empleador al señor NÉSTOR GUILLEM CASTAÑEDA, prescripción y caducidad de los supuestos derechos que invoca y pretende la parte demandante, temeridad y mala fe, enriquecimiento sin justa causa, buena fe contractual y genérica.

PORVENIR S.A. contestó la demanda señalando que el demandante nunca fue afiliado al sistema de seguridad social en pensiones ante sus dependencias por las demandadas sobre los periodos aludidos por el actor como pago aportes pensionales.

Por otra parte, enunció que en el supuesto evento de que URBANOS LOGÍSTICOS S. EN C., LEONOR PINZÓN DE ANGULO y MARIO ANGULO sean condenados a pagar las cotizaciones en pensión perseguidas, solo una vez se solucione el correspondiente cálculo actuarial se verificará si el actor reúne el capital suficiente y necesario para financiar una pensión de vejez, por lo que no tiene sustento jurídico concluir que como administradora pensional es responsable de la prestación perseguida, máxime si nos encontramos inmersos en un caso típico de omisión en la afiliación por parte de un empleador que debe resolverse a la luz de lo preceptuado en el artículo 133 de la Ley 100 de 1993.

Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación de reconocimiento de la pensión reclamada a cargo de PORVENIR S.A. por ausencia de los requisitos establecidos en la ley, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe y compensación.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 14 de junio de 2022, declaró que entre el demandante señor NÉSTOR GUILLEM CASTAÑEDA BUSTOS y URBANOS LOGÍSTICOS S. EN C., existió un contrato de trabajo a término indefinido por el periodo comprendido entre el 2 de diciembre de 1996 y el 10 de julio de 2018, declarando a su vez no probadas las excepciones denominadas inexistencia de la relación laboral para las fechas comprendidas desde el 15 de diciembre de 1993 hasta el 1º de junio de 2005, cumplimiento de todas las obligaciones laborales por parte del empleador, temeridad y mala fe, declarando probada de manera parcial la excepción de prescripción.

Por consiguiente, condenó a URBANOS LOGÍSTICOS S. EN C. pagar al demandante la suma de $2.654.241 por reajuste de la indemnización por terminación del contrato de trabajo debidamente indexado desde el finiquito laboral y hasta la fecha del correspondiente pago, pago del cálculo actuarial por aportes a pensión causados desde el 2 de diciembre de 1996 y el 30 de marzo de 2005 sobre un ingreso base de cotización equivalente al S.M.L.M.V. por cada año y conforme al cálculo actuarial que expida PORVENIR S.A.

Asimismo, absolvió a URBANOS LOGÍSTICOS S. EN C. de las demás pretensiones impetradas en su contra, al igual que condenó de manera solidaria a los demandados LEONOR PINZÓN DE ANGULO y MARIO ANGULO respecto de las condenas impuestas a URBANOS LOGÍSTICOS S. EN C.

Por último, ordenó a PORVENIR S.A. que una vez efectuado el pago del cálculo actuarial, procediera a estudiar el derecho pensional que le pudiese corresponder al demandante en ese régimen pensional, condenando en costas procesales a los

demandados URBANOS LOGÍSTICOS S. EN C., LEONOR PINZÓN DE ANGULO y MARIO ANGULO en proporción del 80%, donde incluyó como agencias en derecho a cargo de las tres demandadas la suma de $2.500.000.

Para arribar a dicha conclusión, indicó el *a-quo* en primer lugar que no existió controversia de la vinculación laboral del demandante con la sociedad URBANOS LOGÍSTICA S. EN C. a través de un contrato de trabajo a término indefinido, puesto que así se aceptó desde la contestación de la demanda, aspecto que también se demuestra con las certificaciones y liquidación del vínculo contractual, aunado a que, el último salario devengado por el trabajador fue de $781.242, siendo el extremo final del contrato el 10 de julio de 2018.

Sostuvo que a pesar de ello, sí se presenta controversia en relación con el extremo inicial y la índole del vínculo que hubiese podido unir al demandante con la actual demandada URBANOS LOGÍSTICA S. EN C., en la medida que el actor afirma que la iniciación de la relación laboral con esa encartada sucedió el 5 de diciembre de 1993 hasta el 10 de julio de 2018, interregno donde se desempeñó como Coordinador de Mantenimiento de Tractomula, extremo inicial respecto del cual dicha pasiva se opone con el argumento que para la época pregonada por el actor, prestaba servicios para una empresa distinta.

Por tal razón, concluyó que en efecto el demandante prestó sus servicios a partir del 2 de diciembre de 1996, ello por cuanto, conforme da cuenta el certificado de existencia y representación legal de la demandada expedido por la Cámara de Comercio, informa que URBANOS LOGÍSTICA S. EN C. se constituyó mediante escritura pública No. 6124 de la Notaría 18 del Círculo de Bogotá el 2 de diciembre de 1996, denominándose inicialmente AGROPECUARIA ANGULO PINZÓN Y COMPAÑÍA S. EN C., y después del 16 de diciembre de 2003 cambió su razón social por el de COMPAÑÍA INTERNACIONAL AGROPECUARIA S. EN C., para finalmente en el año 2010 denominarse URBANOS LOGÍSTICA S. EN C.; circunstancia por la cual, concluyó que el actor logró demostrar que la prestación de sus servicios a favor de la sociedad demandada se constituyera a partir de la mencionada calenda 2 de diciembre de 1996 por ser la data en que surgió a la vida jurídica, tópico que incluso se acompasa con una certificación que se emitiera a favor del señor

NÉSTOR GUILLEM CASTAÑEDA BUSTOS por parte del señor LUIS ALEJANDRO TÉLLEZ VALENZUELA, último quien informó que el demandante prestó sus servicios a favor de la encartada.

Además, refirió que las certificaciones laborales allegadas por el demandante, aparecen firmadas o emitidas por el señor LUIS ALEJANDRO TÉLLEZ VALENZUELA, quien aparece inscrito en el registro mercantil de la sociedad demandada como Revisor Fiscal, certificaciones que no fueron desconocidas ni tachadas de falsas y por ende gozan de plena validez probatoria, agregando que si bien el demandante prestó sus servicios desde el 5 de diciembre de 1993, en el interrogatorio de parte absuelto por el señor MARIO ANGULO, refirió que el señor LUIS ALEJANDRO TÉLLEZ VALENZUELA había tenido la calidad de contador de su empresa y revisor fiscal como da cuenta el certificado de existencia y representación legal.

De otro lado, expuso que a pesar de que la demandada aduce que la hoja de vida aportada por el demandante para efectos de su vinculación laboral refiere que laboró desde agosto de 1998 hasta agosto de 2003 en otra compañía, más exactamente COSINTE LTDA, yace la liquidación acompañada a la carta de terminación del contrato de trabajo, en la cual se consiga como fecha de ingreso del actor el 1º de enero de 1999, de ahí que no se entienda el por qué la encartada URBANOS LOGÍSTICA S. EN C. no realizó la liquidación del auxilio de cesantía y la indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo desde dicha data, si según sus argumentos el trabajador para entonces no prestaba servicios, adicional a que, al momento del interrogatorio fue el mismo demandante quien manifestó que la información relacionada con COSINTE LTDA. no correspondía a la realidad ya que nunca se había desempeñado como Escolta, además que expuso que el contrato había tenido como extremo inicial el año de 1993, reiterando que por tales circunstancias y lo narrado en precedencia el extremo inicial del contrato era a partir del 2 de diciembre de 1996.

En lo que concierne a la solidaridad perseguida sobre LEONOR PINZÓN DE ANGULO y MARIO ANGULO, adujo que el propósito de la misma gravitaba en torno a que son miembros de URBANOS LOGÍSTICA S. EN C., por lo que de conformidad

con lo establecido en el artículo 36 del C.S.T., al ser la naturaleza jurídica de esta encartada de una sociedad de personas, es posible hacer extensible la solidaridad a aquellos sujetos que figuran en el registro mercantil como socios gestores, decidiendo entonces que en caso de imposición de condenas era próspera esta figura solidaria.

Seguidamente, el fallador de instancia efectuó el estudio de la excepción de prescripción, arguyendo que de conformidad con lo preceptuado en los artículos 488 del C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S., dichas normas prescriben en un término de 3 años contados a partir del momento en que se hace exigible la obligación para efectos de que el fenómeno prescriptivo opere. Así estimó que el demandante solicita el pago de acreencias laborales causadas desde 1993 hasta junio de 2005, precisando que el contrato culminó el 10 de julio de 2018, por lo que concluyó encontrarse prescritos los derechos causados con anterioridad al 10 de julio de 2015, poniendo de presente también que las vacaciones gozan de un término de prescriptibilidad de 4 años, de allí que estas prescribían para el caso de marras con antelación al 10 de julio de 2014, y para el caso del auxilio de cesantías, decidió que no se afectaban por este fenómeno en la medida que entre la fecha de causación y la presentación de la demanda no transcurrieron más de tres años, agregando que la demanda correspondió por reparto el 2 de marzo de 2019.

Por ello, continuó con el estudio de las cesantías y los intereses de las mismas, exponiendo que el demandante reclama estos pagos por el periodo comprendido entre el 5 de diciembre de 1993 y el 1º de julio de 2005, sin embargo, expuso que de la liquidación aportada se encontró el auxilio de cesantías causado entre el 1º de enero de 1999 y hasta la fecha de terminación del contrato, esto es, 10 de julio de 2017, discriminándose los correspondientes valores y separándolos entre el 1º de enero de 1999 y el 31 de diciembre de 2009 sobre 3960 días, interregno que se liquidó por un monto de $4.413.985 y, entre el 1º de enero y el 10 de julio de 2018 a razón de 190 días por valor de $458.878, además el demandante expuso en el interrogatorio de parte rendido que siempre le eran canceladas la totalidad de acreencias laborales de cada anualidad, adicionando que lo único que reclamaba en este litigio era el pago de los aportes a pensión, por lo que concluyó que al actor

le fueron cubiertas las cesantías en su integridad, absolviendo entonces de estas pretensiones.

Frente al reajuste salarial alegado por el demandante, con la finalidad que el mismo se ajuste a la suma de $950.000 por cuanto aduce que por decisión del empleador su salario fue modificado, determinó que con las pruebas obrantes al plenario quedó demostrado que el actor aceptó la reducción salarial ante la crisis financiera que atravesaba URBANOS LOGÍSTICA S. EN C., de allí que no gozara de prosperidad esta súplica.

Sobre la indemnización moratoria preceptuada en el artículo 65 del C.S.T., argumentó que en atención de los postulados emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, su aplicación no es automática, por lo que en cada caso se deben analizar las circunstancias particulares para su procedencia, concluyendo que no se evidencia que al demandante para el momento de la terminación del contrato de trabajo se le hubiese adeudando prestaciones sociales sobre el periodo reclamado en el petitum, por lo que absolvió de esta pretensión.

Respecto de la indemnización por despido sin justa causa reglada en el artículo 64 del C.S.T., adujo que a pesar que URBANOS LOGÍSTICA S. EN C. realizó un pago al actor de esta figura, tal cancelación se llevó a cabo teniendo en cuenta el periodo comprendido entre el 1º de enero de 1999 y el 10 de julio de 2018 para un total de 401 días de salario y que ascendieron a la suma de $10.431.027, pero teniendo en cuenta que el extremo inicial del contrato de trabajo ocurrió el 2 de diciembre de 1996, claro es que debe reajustarse el valor de esta indemnización que correspondería a 7947 días de vinculación laboral correspondientes a 22 años, 8 meses y 8 días, lo que conlleva a que el valor total adeudado ascienda a $13.085.268, por lo que la demandada al haber cancelado el monto enunciado por valor de $10.431.027, impuso condena por valor de $2.654.241, rubro último que debe cancelarse debidamente indexado desde la fecha de terminación del contrato hasta que se efectivice el correspondiente pago.

En lo concerniente al pago de aportes al sistema de seguridad social en pensiones por el periodo comprendido entre el 5 de diciembre de 1993 y el 1º de julio de

2005, dispuso que se acreditó la vinculación a pensión en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A. a partir del 28 de abril de 2005, así como que el primer aporte se llevó a cabo para el mes de abril de 2005, por lo que al declararse como extremo inicial del contrato de trabajo el 2 de diciembre de 1996, ordenó el pago de los aportes a pensión por el periodo comprendido entre el referido 2 de diciembre de 1996 y el 30 de marzo de 2005, los cuales deberán efectuarse con un IBC equivalente al S.M.L.M.V. para cada uno de los años, y previo cálculo actuarial que expida PORVENIR S.A. Por ello, decidió abstenerse del estudio de la pretensión subsidiaria encaminada a imponer sanción a la demandada URBANO LOGÍSTICA S. EN C.

Que en lo referente a condenar a PORVENIR S.A. al reconocimiento y pago de una pensión de vejez, adujo no ser posible imponer a esta administradora pensional una obligación de reconocimiento de una prestación cuando aún no se ha procedido al pago correspondiente de las cotizaciones en mora, siendo necesario la consignación de los aportes adeudados por URBANO LOGÍSTICA S. EN C., recalcando que una vez se encuentre sufragado dicho pago, proceda al estudio del reconocimiento pensional para así determinar si se dan los requisitos y condiciones necesarios de la pensión deprecada por el demandante señor NÉSTOR GUILLEM CASTAÑEDA BUSTOS.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión el demandante la apeló. Argumentó que la relación laboral debe operar a partir del 5 de diciembre de 1993 puesto que así se demuestra de las probanzas acreditadas al plenario, en especial, las certificaciones laborales emitidas por el la pasiva. Asimismo, adujo que el pago de los aportes en mora debe operar a partir de la mencionada calenda 5 de diciembre de 1993, para que así se estudie el reconocimiento pensional por la demandada PORVENIR S.A.

Encontró inconformidad sobre la no prosperidad del reajuste salarial, teniendo en cuenta que la parte demandada de manera autónoma y sin consentimiento, le comunicó la carta mediante la cual le fue reportado que su salario pasaba de ser en la suma de $950.000 a $716.000, sin que la empleadora pidiera autorización

para ello, como tampoco esa disminución se llevó a cabo por medio de una decisión en conjunto, prueba de ello es la carta aportada que únicamente se encuentra suscrita por el señor MARIO ANGULO, de allí que por el simple hecho de que la carga laboral hubiese disminuido en la compañía, ese aspecto no puede verse reflejada para con el trabajador, máxime si no existió un consentimiento, y que si bien se continuó con la relación laboral, esa situación se llevó a cabo ante la necesidad laboral.

Que deben prosperar el pago de las cesantías teniendo en cuenta que no fue aceptado o confesado el pago de todas las prestaciones sociales como así lo decidió el operador de instancia, máxime si se tiene en cuenta que la demandada no acreditó los pagos correspondientes.

En cuanto al pago final de las prestaciones sociales, refirió que debe tenerse en cuenta el reajuste salarial y el pago de las cesantías, paras que así la liquidación también sea reajustada.

URBANOS LOGÍSTICA S. EN C. y MARIO ANGULO apelaron de manera conjunta la decisión de primer grado, indicando que, el *a-quo* no llevó a cabo una adecuada valoración probatoria, toda vez que enrostrar una responsabilidad laboral con unos documentos que si bien no fueron tachados de falsos, no gozaban de la rúbrica del Representante Legal quien es único que según los estatutos es el facultado para ello conforme a los estatutos, además que fue el señor TÉLLEZ quien manifestó en el testimonio rendido que no tenía la competencia para emitir ese tipo de certificaciones, sumado a que dichas pruebas no resultan suficientes para concluir el extremo inicial del contrato declarado en primera instancia.

Por otra parte, enunció que no es procedente la declaratoria de una relación laboral para el año de 1993 ya que URBANOS LOGÍSTICA S. EN C. a dicha data no existía, y si bien es cierto existía la COMPAÑÍA INTERNACIONAL AGROPECUARIA S. EN C., la misma apareció a la vida jurídica hasta el año 1999, sumado a que la liquidación final de prestaciones sociales allegada por la demandante además de no encontrarse suscrita por el Representante Legal, determina como inicio del contrato la anualidad de 1999, por lo que no existe motivo para que el contrato de

trabajo se hubiese declarado con anterioridad de esta anualidad, más aún si URBANOS LOGÍSTICA S. EN C. no fue matriculada y registrada antes de 1999.

La demandada LEONOR PINZÓN DE ANGULO refirió adherirse a la apelación argumentada por URBANOS LOGÍSTICA S. EN C. y MARIO ANGULA, pues debe tenerse en cuenta que en la decisión primigenia se tomó de manera fraccionada la ponderación probatoria, ya que se tomó como extremo del contrato de trabajo el 2 de diciembre de 1996, restando absoluta credibilidad a la liquidación que se analizó la cual relata un extremo inicial desde el año 1999.

Adicionalmente, mencionó que el Juzgado incurrió en un yerro como quiera que, el mismo demandante en los supuestos fácticos del escrito demandatorio refirió como extremo inicial del contrato de trabajo el 5 de diciembre de 1993, aduciendo con total nitidez que había sido vinculado por la COMPAÑÍA INTERNACIONAL AGROPECUARIA S. EN C., última que el Juez mencionó que surgió a la vida jurídica desde el año 1996, tópico erróneo pues la sociedad que se creó para esa anualidad es la SOCIEDAD AGROPECUARIA ANGULO PINZÓN, y fue con ocasión de esta razón social que el 16 de septiembre de 2003 nació a la vida jurídica la mentada COMPAÑÍA INTERNACIONAL AGROPECUARIA por cuenta de la escritura No. 4649 de la Notaría 18 del Círculo de Bogotá, por lo que mal podría tomarse como extremo inicial del contrato el 2 de diciembre de 1996.

Que se está dando absoluta credibilidad a certificaciones laboral expedidas por un Revisor Fiscal, por lo que verificado el registro mercantil de URBANOS LOGÍSTICA S. EN C., palmario resulta que el único facultado para llevar a cabo esas gestiones es el Representante Legal, sin que los asuntos laborales sean excepción para ello, por lo que el única facultado para este ejercicio era el señor MARIO ANGULO; adicionalmente a que no debe prosperar la solidaridad declarada.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, atendiendo los recursos de apelación interpuestos por el demandante señor NÉSTOR GUILLEM CASTAÑEDA BUSTOS, así como los demandados URBANOS LOGÍSTICA S. EN C., LEONOR PINZÓN DE ANGULO y MARIO ANGULO, por metodología en la resolución de los mismos la Sala dilucidará los siguientes problemas jurídicos:

_ Determinar el extremo inicial de la relación laboral, como quiera que el demandante arguye que se configuró a partir del 5 de diciembre de 1993, cuando los demandados manifiestan no ser cierto tal precepto, en tanto el actor desde dicha calenda no laboró al servicio de URBANOS LOGÍSTICA S. EN C.

_ De prosperar lo anterior, se establecerá si es procedente el reconocimiento y pago de las cesantías pretendidas por el periodo comprendido entre el 5 de diciembre de 1993 y el 1º de junio de 2005, así como el pago de los aportes pensionales sobre el interregno mencionado.

_ En caso de resultar avante el pago de los aportes pensionales, analizar si goza de prosperidad que PORVENIR S.A. realice el estudio de la pensión estimada por el actor en Régimen de Ahorro Individual en los términos preceptuados en los artículos 64 y 65 de la Ley 100 de 1993.

_ Auscultar si es procedente el reajuste salarial alegado por el demandante por el periodo comprendido entre el 1º de enero de 2015 y el 10 de julio de 2018, ello por cuanto arguye una desmejora ante la disminución del salario que llevó a cabo URBANOS LOGÍSTICA S. EN C. en el año 2014, pues para dicha anualidad tenía una remuneración salarial mensual de $950.000.

_ De existir desmejora salarial entre el 1º de enero de 2015 y el 10 de julio de 2018, deberá determinarse si hay lugar a reliquidar salarios, prestaciones sociales, intereses a las cesantías y vacaciones adeudados sobre este interregno.

c. Del caso en concreto:

Previo a abordar los planteamientos jurídicos ya expuesto, puntualiza la Sala que no fue objeto de discusión que entre el demandante señor NÉSTOR GUILLEM CASTAÑEDA BUSTOS y la aquí demandada URBANOS LOGÍSTICA S. EN C. existió un contrato de trabajo a término indefinido que tuvo como fecha de finalización el 10 de julio de 2018, puesto que así lo aceptó la encartada con el escrito de contestación, aspecto que por demás se acompasa con la carta de terminación del contrato de trabajo que comunicara la empleadora al actor el mismo día 10 de julio de 2018 (Fl. 15 – PDF 2019-195 – PROCESO DIGITALIZADO).

Adicionalmente, en el transcurrir del trámite procesal se practicó el interrogatorio de parte del Representante Legal de URBANOS LOGÍSTICA S. EN C. señor MARIO ANGULO, quien manifestó no ser cierto que el demandante NÉSTOR GUILLEM CASTAÑEDA BUSTOS inició labores desde el 5 de diciembre de 1993, como quiera que el mismo laboró desde el año 2005 en adelante, pues para el año de 1993 desempeñaba actividades, pero como comisionista, más no como empleado.

Que desconoce la expedición de certificaciones laborales toda vez que las mismas no se encuentran suscritas por él, tan es así que no le consta si en efecto dichas certificaciones hubiesen sido expedidas. Que el señor LUIS ALEJANDRO TÉLLEZ laboraba al servicio de URBANOS LOGÍSTICA S. EN C., pero sin que tenga la fecha precisa de cuándo se retiró, persona quien se desempeñaba como contador.

Que las certificaciones para los años 2006 y 2014 las realizaba el señor LUIS ALEJANDRO TÉLLEZ, pero quien las firmaba era él como Representante Legal, ya que dentro las funciones del señor LUIS ALEJANDRO TELLEZ no se encontraban las de firmar ese tipo de documentos. No recuerda si el 1º de agosto de 2017 le desmejoró el salario al demandante pasando de un monto de $950.000 a $737.717,

como tampoco recuerda el salario que se tuvo en cuenta para efectuarle al actor la liquidación final de prestaciones sociales.

Por su parte, el demandante señor NÉSTOR GUILLEM CASTAÑEDA BUSTOS adujo en el interrogatorio de parte rendido que ingresó a laborar con URBANOS LOGÍSTICA S. EN C. el 5 de diciembre de 1993 cuando el señor MARIO ANGULO vendía repuestos, posteriormente cambió de razón social a COMPAÑÍA INTERNACIONAL AGROPECUARIA ANGULO, luego a AGROPECUIARIA ANGULO y en la actualidad figura como URBANOS LOGÍSTICA S. EN C., y esto lo sabe en tanto tiene las correspondientes liquidaciones.

Refirió nuevamente que ingresó a trabajar con la COMPAÑÍA EL SEGUNDAZO el 5 de diciembre de 1993, así como que las liquidaciones se las realizaban anuales. Indicó que nunca trabajó con la COMPAÑÍA CONSITE LTDA., refiriendo que laboró con un señor de nombre JACINTO ÁVILA, pero antes de prestar sus labores al servicio de la demandada.

Que nunca ha laborado desempeñando la actividad de escolta, y que existió una reducción de su salario por parte de la demandada URBANOS LOGÍSTICA S. EN C., la cual no fue acordada ni concertada, y que él era Coordinador de Mantenimiento de Camiones al servicio de la demandada con un salario de $950.000, al igual que reseñó que cuando se le informó sobre la reducción del salario, era con ocasión de la difícil situación que se encontraba atravesando la demandada, siendo él una de las primeras personas a las que le fue disminuido el salario.

También refirió tener conocimiento de que todos los camiones que tenía URBANOS LOGÍSTICA S. EN C. fueron vendidos, quedándose la compañía únicamente con un vehículo.

Que luego de la venta de los vehículos se le asignó como labor el manejo de una volqueta. Que a partir del 1º de julio de 2005 y hasta cuando lo liquidaron, URBANOS LOGÍSTICAS S. EN C. le pagó todas las prestaciones sociales, enfatizando que lo reclamado es lo referente al periodo comprendido entre 1993 y el 2005, por cuanto no le fueron sufragados los aportes a pensión.

Que cuando se le efectuó la reubicación laboral fue plenamente subordinado, ya que si no manejaba la volqueta permanecía en el patio de vehículos cumpliendo su horario. Que URBANOS LOGÍSTICA S. EN C. le canceló lo correspondiente a salarios y prestaciones sociales cuando se le despidió para el año 2018 y que para el año 2013 cuando ocurrió la desmejora salarial, reprochó tal decisión a la demandada URBANOS LOGÍSTICA S. EN C.

d. Del extremo inicial de la relación laboral:

Como ya se puntualizó, el demandante pretende la existencia del contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 5 de diciembre de 1993 y el 10 de julio de 2018, mientras que los demandados al contestar la demanda conjuntamente, manifestaron que por lo menos hasta el 1º de junio de 2005 el demandante no laboró.

Pues bien, de las pruebas documentales allegadas al plenario, aprecia la Sala que milita una primera certificación expedida el 28 de diciembre 2006 por el señor LUIS ALEJANDRO TÉLLEZ en su calidad de contador público de la COMPAÑÍA INTERNACIONAL AGROPECUARIA S. EN C., la cual contiene la siguiente información (Fl. 13 – PDF 2019-195 – PROCESO DIGITALIZADO):

> *"El suscrito contador público LUIS ALEJANDRO TÉLLEZ V., con matrícula profesional número 93186-T.*
>
> ***CERTIFICACIÓN LABORAL***
>
> *Que el señor **NESTOR GUILLEM CASTAÑEDA** identificado con cédula de ciudadanía número 3.145.882 de San Juan de Río Seco, se encuentra vinculado laboralmente en la sociedad COMPAÑÍA INTERNACIONAL AGROPECUARIA S. EN C. con Nit 830.029.038-7, con contrato a término indefinido, desempeñando el cargo de conductor desde el 7 de enero de 1994, devengando actualmente un salario mensual de $500.000.oo (Quinientos mil pesos M. Cte.).*
>
> *Se expide la anterior certificación a los 28 días del mes de diciembre de 2006, a solicitud del interesado."*

Asimismo, obra una segunda certificación laboral expedida el 14 de noviembre de 2014 por el señor LUIS ALEJANDRO TÉLLEZ, esta vez en su calidad de Revisor Fiscal de URBANOS LOGÍSTICA S.A., la cual advierte (Fl. 14 – PDF 2019-195 – PROCESO DIGITALIZADO):

"CERTIFICACIÓN LABORAL

Que el señor ***NESTOR GUILLEM CASTAÑEDA*** *identificado con cédula de ciudadanía número 3.145.882 de Quipile (Cundinamarca), se encuentra vinculado laboralmente en la sociedad URBANOS LOGÍSTICA S. EN C. con Nit. 830.029.038-7, con contrato a término indefinido, desempeñando el cargo de COORDINADOR DE MANTENIMIENTO DE TRACTO CAMIONES, desde el 5 de diciembre de 1993, devengando actualmente un salario básico de $950.000.oo (Novecientos cincuenta mil pesos M. Cte.), su horario de trabajo es de lunes a viernes de 8:00 a.m. a 5:00 p.m., sábados de 8:00 a.m. a 12:00 m.*

Se expide la anterior certificación a los 14 días del mes noviembre de 2014, a solicitud del interesado."

De otra parte, se aprecia del certificado de existencia y representación de URBANOS LOGÍSTICA S. EN C. expedido el 16 de julio de 2018, en lo que concierne a su constitución (Fls. 41 a 46 – PDF 2019-195 – PROCESO DIGITALIZADO):

"CONSTITUCIÓN: E. P. NO. 6124 NOTARÍA 18 DE SANTA FE DE BOGOTA, D.C. DEL 2 DE DICIEMBRE DE 1996, INSCRITA EL 20 DE MARZO DE 1997, BAJO EL No. 578602 DEL LIBRO IX, SE CONSTITUYO LA SOCIEDAD COMERCIAL DENOMINADA: AGROPECUARIA ANGULO PINZON Y CIA S EN C.

QUE POR ESCRITURA PUBLICA NO. 4649 DE LA NOTARIA 18 DE BOGOTA D.C. DEL 16 DE SEPTIEMBRE DE 2003, INSCRITA EL 18 DE SEPTIEMBRE DE 2003 BAJO EL NUMERO 898469 DEL LIBRO IX, LA SOCIEDAD DE LA REFERENCIA CAMBIO SU NOMBRE DE: AGROPECUARIA ANGULO PINZON Y CIA EN C POR EL DE: COMPAÑÍA INTERNACIONAL AGROPECUARIA S. EN C.

QUE POR ESCRITURA PUBLICA NO. 4798 DE LA NOTARIA 18 DE BOGOTA D.C. DEL 16 DE DICIEMBRE DE 2010, INSCRITA EL 4 DE FEBRERO DE 2011 BAJO EL NUMERO 01450645 DEL LIBRO IX, LA SOCIEDAD DE LA REFERENCIA CAMBIO SU NOMBRE DE: COMPAÑÍA INTERNACIONAL AGROPECUARIA S. EN C. POR EL DE: URBANOS LOGISTICA S. EN C.

(….)

VIGENCIA: QUE LA SOCIEDAD NO SE HALLA DISUELTA. DUIRACIÓN HASTA EL 2 DE DICIEMBRE DE 2016."

(…)

REVISOR FISCAL: QUE POR ACTA NO. 0000020 DE JUNTA DIRECTIVA DEL 29 DE NOVIEMBRE DE 2006, INSCRITA EL 18 DE MAYO DE 2007 BAJO EL NUMERO 01132168 DEL LIBRO IX, FUE (RON) NOMBRADO (S):

REVISOR FISCAL	*IDENTIFICACIÓN*
TELLEZ VALENZUELA LUIS ALEJANDRO	*C.C. 000000079486644"*

En tal sentido, la reseña de las pruebas que preceden, enfáticamente el certificado de existencia y representación legal de URBANOS LOGÍSTICA S. EN C., da cuenta que la constitución legal de esta encartada inició desde el 2 de diciembre de 1996, siendo inicialmente denominada AGROPECUARIA ANGULO PINZÓN Y CIA S. EN C., luego el 16 de septiembre de 2003 COMPAÑÍA INTERNACIONAL AGROPECUARIA S. EN C., y el 16 de diciembre de 2010 nuevamente cambió su nombre al de la actualidad, esto es, URBANOS LOGÍSTICA S. EN C.; circunstancia por la cual, palmario resulta que esta demandada inició a contraer derechos y obligaciones desde el 2 de diciembre de 1996, así como que quedó consignado que el revisor fiscal era el señor LUIS ALEJANDRO TÉLLEZ VALENZUELA.

Por tal razón, palmario resulta que fue el citado señor LUIS ALEJANDRO TÉLLEZ VALENZUELA quien expidió las certificaciones laborales expuestas en antelación, las cuales por demás como lo decidió el fallador de instancia, no fueron tachadas de falsas por el extremo accionado, tópico último en virtud a que plenamente quedó acreditado que el señor LUIS ALEJANDRO TÉLLEZ VALENZUELA era el revisor fiscal de la compañía por lo menos con anterioridad al 16 de julio de 2018 como acredita el certificado de existencia y representación legal y como así lo expuso el señor MARIO ANGULO en el interrogatorio de parte rendido (demandado y Representante Legal de URBANOS LOGISTICA S. EN C.), certificaciones laborales que incluso para los 2006 y 2014 en que se emitieron, el revisor fiscal independientemente del nombre que para el momento ostentaba URBANOS LOGÍSTICA S. EN C., se encontraba nombrado en ese cargo.

Ahora, el reproche realizado en la alzada por los demandados se encuentra orientado en que las certificaciones laborales expedidas por el revisor fiscal no

pueden valorarse verídicas ya que, como lo advierte el certificado de existencia y representación legal, el mismo no gozaba de tales facultades.

Para lo pertinente, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema ha trazado el marco de cómo debe analizarse en grado probatorio de credibilidad las certificaciones laborales, en sentencia SL4523-2019, Radicación No. 65837 del 23 de octubre de 2019 reseñó:

> *"En relación a la valoración de esta clase de documentos, la Corte se pronunció en sentencia CSJ SL 8 mar. 1996, rad. 8360, reiterada en las sentencias CSJ SL, 23 sep. 2009 rad. 36748; CSJ SL, 24 ago. 2010 rad. 34393; CSJ SL, 30 abr. 2013 rad. 38666; CSJ SL17514-2017, SL2023-2018 y SL4794-2018, en la primera de las citadas la Sala puntualizó:*
>
> *"(....) El demandante en el interrogatorio de parte admitió que solicitó para diligencias particulares de él las constancias que le expidiera el demandado sobre tiempo de servicios y salario, pero no dijo que su contenido fuera inexacto o contrario a la realidad que de ellas emerge.* ***El juez laboral debe tener como un hecho cierto el contenido de lo que se exprese en cualquier constancia que expida el empleador sobre temas relacionados con el contrato de trabajo, ya sea, como en este caso, sobre el tiempo de servicios y el salario, o sobre otro tema, pues no es usual que una persona falte a la verdad y dé razón documental de la existencia de aspectos tan importantes que comprometen su responsabilidad patrimonial o que el juez cohoneste este tipo de conductas eventualmente fraudulentas. Por esa razón, la carga de probar en contra de lo que certifique el propio empleador corre por su cuenta y debe ser de tal contundencia que no deje sombra de duda, de manera que, para destruir el hecho admitido documentalmente, el juez debiera acentuar el rigor de su juicio valorativo de la prueba en contrario y no atenerse a la referencia genérica que haga cualquier testigo sobre constancias falsas de tiempo de servicios y salario o sobre cualquier otro tema de la relación laboral..."*** (Subrayado por la Sala).

Es así que de conformidad con lo estatuido en el análisis probatorio dispuesto en el artículo 61 del C.P.T. y de la S.S., la Sala puede colegir que conforme lo dispuso el *a-quo*, la relación laboral entre el demandante y URBANOS LOGÍSTICA S. EN C. abarcó por el periodo comprendido entre el 2 de diciembre de 1996 y el 10 de julio de 2018, toda vez que fue a partir del 2 de diciembre de 1996 y no antes, en que la encartada fue constituida como AGROPECUARIA ANGULO PINZÓN Y CIA S. EN C.

En este punto, a pesar de que el revisor fiscal LUIS ALEJANDRO TÉLLEZ VALENZUELA en la certificación laboral expedida el 14 de noviembre de 2014

dispuso que el extremo inicial de la relación laboral lo fue el 5 de diciembre de 1993, este último se desorienta de la realidad probatoria, específicamente en que, como ya se referenció, la encartada fue constituida el 2 de diciembre de 1996, por lo que no es de resorte la apelación del demandante en perseguir la fecha inicial para el año 1993.

Tampoco le asiste razón a los demandados para que se tome una fecha posterior al 2 de diciembre de 1996, como quiera que si bien su argumento defensivo se orienta a que el actor advirtió en la hoja de vida que laboró al servicio de una compañía de nombre CONSITE LTDA entre enero de 1998 y agosto de 2003 (Fls. 152 a 153 – PDF 2019-195 – PROCESO DIGITALIZADO), esa situación de una parte, no fue confesada por el demandante en el interrogatorio de parte practicado ya que expuso no conocer esta compañía y, de otra, el caudal probatorio hasta aquí analizado da cuenta del extremo inicial a partir del 2 de diciembre de 1996; circunstancia por la cual, la decisión de primer grado habrá de confirmarse por este aspecto.

e. Del reconocimiento y pago de las cesantías pretendidas por el periodo comprendido entre el 5 de diciembre de 1993 y el 1º de julio de 2005:

De entrada, precisa la Sala que contrario a lo decidido por el operador de primer grado, para la Sala goza de prosperidad esta acreencia laboral.

Se puntualiza que si bien el demandante confesó que la demandada URBANOS LOGÍSTICA S. EN C. le pagó acreencias laborales, ese pago se realizó tan solo a partir del 1º de julio de 2005, aspecto que notoriamente conlleva a que los periodos estimados para pago de cesantías deban ser analizados; circunstancia por la cual, no existió confesión del pago de cesantías por periodos anteriores.

Para tal efecto, necesario resulta poner de presente que ante criterio pacífico emanado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en tratándose de cesantías su prescripción empieza a operar una vez culminada la relación laboral, así se ha referido de antaño, siendo una decisión la SL2169-2019,

traída a colación en sentencia SL3566-2022, Radicación No. 90837 del 14 de septiembre de 2022, que refirió:

> *"iii) Las cesantías no se encuentran afectadas por el evento prescriptivo, pues estas solo resultan exigibles a la terminación del contrato de trabajo, calenda en la que comienza a correr el lapso trienal, al tenor de lo explicado en la sentencia CSJ SL2169-2019 en la que se dijo «[…] el término de prescripción para la reclamación del auxilio de cesantía se empieza a contar a partir del día siguiente a la terminación del contrato».*"

Bajo este escenario, palmario resulta que la relación laboral finalizó el 10 de julio de 2018, presentándose la demanda el 12 de marzo de 2019, por lo que de conformidad con lo estatuido en los artículos 151 del C.P.T. y 489 del C.S.T., no operó el fenómeno de prescripción trienal para el reclamo de esta prestación social.

También se pone de presente que como lo decidió el *a-quo* para el pago de los aportes pensionales condenados, no yace prueba que advierta que con anterioridad al 1º de julio de 2005 se hubiese probado salario alguno, de ahí que se determine al actor sobre este interregno un S.M.L.M.V., poniendo de presente además que en razón a que la relación laboral se determinó a partir del 2 de diciembre de 1996, el interregno a auscultar si es procedente el pago de cesantías se comprende entre el 2 de diciembre de 1996 y el 30 de junio de 2005.

A pesar de lo anterior, aprecia la Sala que teniendo en cuenta la liquidación de prestaciones sociales allegada por la parte demandante y que tampoco fuese refutada de falsa por el extremo accionado (Fls. 16 a 17 – PDF 2019-195 – PROCESO DIGITALIZADO), se denota que se le realizó una liquidación por el periodo comprendido entre el 1º de enero de 1999 y el 10 de julio de 2018, a razón de 1030 días laborados.

La liquidación además refleja que al demandante por concepto de cesantías le fueron canceladas las del periodo comprendido entre el 1º de enero de 1999 y el 31 de diciembre de 2009 en la suma de $4.413.985, y por el periodo comprendido entre el 1º de enero y el 10 de julio de 2018 la suma de $458.878; circunstancia por la cual, puede colegirse que se le adeuda al actor las cesantías desde el 2 de

diciembre de 1996 hasta el 31 de diciembre de 1998, las cuales ascienden al siguiente valor:

LIQUIDACIÓN CESANTÍAS				
AÑO	**No DE DÍAS**	**SALARIO**	**AUXILIO DE TRANSPORTE**	**TOTAL**
1996	28	$ 142.125,00	$ 13.657,00	$ 143.187,21
1997	360	$ 172.005,00	$ 17.250,00	$ 189.255,00
1998	360	$ 203.826,00	$ 20.700,00	$ 224.526,00
TOTAL				**$ 556.968,21**

Así las cosas, se le condenará a URBANOS LOGÍSTICA S. EN C., y solidariamente a LEONOR PINZÓN DE ANGULO y MARIO ANGULO a cancelar las cesantías del demandante por el periodo comprendido entre el 2 de diciembre de 1996 y el 31 de diciembre de 1998, suma que deberá indexarse desde las referidas anualidades y hasta el momento en que se efectúe el correspondiente pago atendiendo la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, aspecto que conlleva a su vez a que la decisión de primer grado se revoque de manera parcial.

Ahora bien, al proceder el pago del auxilio de cesantía de los años 1996 a 1998, se debe señalar que la sanción por su no consignación establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, no resulta procedente, en tanto se encuentra afectada del fenómeno prescriptivo, al transcurrir más de tres años hasta la presentación de la demanda. Sobre el particular la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL609-2021, Radicación No. 78649 del 16 de febrero de 2021, señaló:

> *"ii) Prescripción de la sanción por no consignar la cesantía:*
>
> *"La Sala encuentra que el Tribunal incurrió en error al considerar que la exigibilidad de las cesantías y la sanción por su no consignación son exigibles en el mismo momento, esto es, a la finalización del vínculo, cuando la exigibilidad de cada una de tales prerrogativas surge en épocas distintas, como se explicará, lo que lo llevó concluir que no había operado la prescripción frente a la sanción referida.*
>
> *"En efecto, mientras que el auxilio de cesantía se hace exigible al momento de la finalización del nexo laboral (CSJ SL, 24 ag. 2010, rad. 34393), la sanción referida, es exigible a partir del vencimiento del plazo que tiene el empleador para depositar en cada anualidad dicha prestación social, es decir, desde el 15 de febrero del año siguiente al que correspondan las cesantías causadas.*

"Lo anterior está sustentado en el contenido normativo del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, que en su parte pertinente señala: «El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo».

f. Del pago de los aportes pensionales por el periodo comprendido entre el 5 de diciembre de 1993 y el 1º de julio de 2005:

Como ya se advirtió, al declararse la relación laboral a partir del 2 de diciembre de 1996 como así se decidió en primera instancia, esta es la calenda a tener en cuenta para el pago de los aportes pensionales.

Asimismo, como se estableció en primer grado, la condena por estos pagos en contra de URBANOS LOGÍSTICA S. EN C., y solidariamente a LEONOR PINZÓN DE ANGULO y MARIO ANGULO abarca hasta el 30 de marzo de 2015, puesto que según se demuestra con el formulario de afiliación y la historia laboral emanada por PORVENIR S.A. (Fls. 20 a 23 y 208 – PDF 2019-195 – PROCESO DIGITALIZADO), el demandante fue afiliado por la compañía demandada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de la mencionada administradora pensional el 28 de abril de 2005, efectuando la primera cotización ese mismo mes y año.

Frente al IBC a tener en cuenta para el pago de dichos aportes, como ya se hizo mención, deberá ser el equivalente al S.M.L.M.V. para los correspondientes años, ya que para el interregno declarado como condena no fue demostrado por el demandante suma superior, pago que deberá realizarse previo cálculo actuarial que emita PORVENIR S.A.; circunstancia por la cual, se confirmará este aspecto.

g. Del estudio pensional por parte PORVENIR S.A. para con el demandante en los términos regulados en los artículos 64 y 65 de la Ley 100 de 1993:

Como lo dispuso el operador de instancia, la Sala no atiende el estudio pensional del demandante en esta oportunidad en los términos de los artículos 64 y 65 del C.S.T., toda vez que en la actualidad no existe suficiente acerbo probatorio para

determinar tal precepto, máxime si se tiene en cuenta que está pendiente por determinarse el valor preciso y detallado que arroje el cálculo actuarial que realice PORVENIR S.A. sobre los aportes adeudos al actor por el periodo comprendido entre el 2 de diciembre de 1996 y el 30 de marzo de 2015, más aún cuando la prestación perseguida en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad necesita de un porcentaje mínimo de capital en la cuenta de ahorro individual del afiliado, situaciones todas por lo que este tópico será confirmado.

h. Del reajuste salarial alegado por el demandante por el periodo comprendido entre el 1º de enero de 2015 y el 10 de julio de 2018, reliquidación de salarios, prestaciones sociales, intereses a las cesantías y vacaciones adeudadas sobre este interregno:

Alega el demandante en el hecho 5º de los supuestos fácticos del escrito demandantorio que URBANOS LOGÍSTICA S. EN C. desmejoró desde el año 2014 su salario, por cuanto para esa anualidad devengaba un salario mensual de $950.000, a lo cual la encartada acepto dicha circunstancia al contestar la demanda.

Desciendo al análisis de fondo, se tiene que el demandante allegó escrito adiado el 31 de julio de 2017 que le comunicara la demandada por intermedio de su Representante Legal señor MARIO ANGULO y que no fuese refutado de falso por la pasiva, el cual consigna (Fl. 18 – PDF 2019-195 – PROCESO DIGITALIZADO):

> *"Respetado colaborador,*
>
> *Por medio de la presente le comunicamos que dada la problemática económica por la que atraviesa el País y de la cual no es ajena la compañía, aunado a la manifiesta disminución de funciones que usted venía desempeñando, de común acuerdo y libre de cualquier apremio, hemos tomado la decisión conjunta de reducir el salario mensual a la suma de $737.717.oo, pago que se verá reflejado desde el día 01 de Agosto de 2017 de la presente anualidad."*

Tal documento no cuenta con aceptación ni rúbrica del demandante.

Así las cosas, valga señalar que si bien el ejercicio del poder subordinante faculta al empleador para impartir órdenes de trabajo y definir las condiciones en que el servicio se prestará por el trabajador, a través del *ius variandi*, dicha facultad tiene claros límites definidos en el literal b) del artículo 23 del CST.

Ha dicho la jurisprudencia que el ejercicio del *ius variandi* o modificación unilateral de las condiciones pactadas para la relación de trabajo, resulta claramente improcedente cuando mediante él se imponga una disminución unilateral del salario pactado pues implicaría el desconocimiento de una condición favorable de la cual se derivó la decisión del trabajador de aceptar la vinculación, o una variación del lugar del servicio cuando ello apareje un cambio del domicilio del trabajador siempre y cuando la facultad. Para mayor entendimiento, la Sala de Casación de antaño ha interminable en innumerables decisiones dicho entendimiento, siendo una de ellas la sentencia SL5373-2021, Radicación No. 83086 del 29 de noviembre de 2021, donde reseñó:

> *"Hechas las anteriores precisiones, vale señalar que, por regla general las condiciones laborales son flexibles y pueden estar sujetas a cambios discrecionales por parte del empleador en cuanto al sitio de trabajo, la cantidad, calidad de la producción y su organización, en la medida en que la unidad de explotación económica o actividad empresarial debe adaptarse con prontitud a los nuevos retos que apareja vivir en un mundo moderno."*

Bajo tal circunstancia, para la Sala contrario a lo argumentado por el *a-quo*, sí se constituyó una notoria afectación frente al demandante, en la medida que al no encontrarse consentido por este la disminución salarial llevada a cabo por URBANOS LOGÍSTICA S. EN C. el 31 de julio de 2017, ello en razón a que no yace si quiera rúbrica de aceptación de esa circunstancia por el trabajador, esa disminución se convirtió en un actuar arbitrario del empleador, presentándose así una plena inequidad sobre el salariado, ya que como allí se consignó, para el mes de julio de julio de 2017 fue disminuido ostensiblemente el salario del señor NÉSTOR GUILLEM CASTAÑEDA BUSTOS pues dejó de percibir la suma de $950.000, a devengar el S.M.L.M.V. de esa anualidad que era un valor de $737.717 y hasta el finiquito laboral, circunstancia por la cual, la decisión de primer grado se revocará por este aspecto y en su lugar, se analizarán los rubros a cancelar que

se persiguen por el periodo comprendido entre el 1º de enero de 2015 y el 10 de julio de 2018.

Para tal efecto, ha de puntualizarse que a pesar de que el actor haya alegado un reajuste salarial desde el año 2014, lo cierto es que teniendo en cuenta lo establecido en el libre convencimiento de la prueba en los términos del artículo 61 del C.P.T. y de la S.S., su súplica no abarca desde dicha calenda, como quiera que, conforme da cuenta la misma carta de disminución salarial, su desmejora ocurrió desde el mes de agosto de 2017 y en adelante, forma que se acompasa incluso con lo el certificado de aportes al sistema de seguridad social integral que allegara la demandada que enrostra que entre los años 2015, 2016 y antes del mes de agosto de 2017, el IBC del demandante ascendía a la suma de $950.000, misma situación que se ausculta de la historia laboral allegada por PORVENIR S.A. (Fls. 161 a 169 y 231 – PDF 2019-195 – PROCESO DIGITALIZADO).

Ello conlleva a que se pueda concluir que la desmejora salarial sucedió desde el 1º de agosto de 2017 hasta el 10 de julio de 2018, última fecha en que finalizó el contrato de trabajo, siendo necesario analizar a su vez la excepción de prescripción formulada, poniéndose entonces de presente que la relación laboral finalizó el 10 de julio de 2018, siendo presentada la demanda el 12 de marzo de 2019 como da cuenta el acta individual de reparto (Fl. 2 – PDF 2019-195 – PROCESO DIGITALIZADO), por lo que de conformidad con lo estatuido en los artículos 488 del C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S. atinente a la prescripción trienal de los derechos laborales, dentro del presente asunto existiría prescripción de acreencias laborales con anterioridad al 11 de marzo de 2016, a excepción de las vacaciones que por regla general prescriben en un término de 4 años, al igual que las cesantías por cuanto el derecho prescriptivo empieza a correr una vez finalizada la relación laboral.

Es así como la Sala también debe poner de presente que no existió rubro pendiente por cancelar por la empleadora desde el mes de julio de 2005 hasta la finalización del contrato de trabajo, puesto que así lo confesó el mismo demandante en el interrogatorio de parte absuelto; circunstancia por la cual, palmario resulta que entre el 1º de agosto de 2017 y el 10 de julio de 2018 sus derechos laborales fueron

cancelados teniendo en cuenta un S.M.L.M.V. para las correspondientes anualidades.

Tal circunstancia, conlleva a que la Sala calcule el reajuste salarial por el periodo comprendido entre el 1º de agosto de 2017 y el 10 de 2018, que obedece a establecer la diferencia entre los salarios mínimos de cada anualidad y el valor de $950.000 de la siguiente manera:

AÑO 2017	
DIFERENCIA SALARIAL $212283	
DÍAS A APLICAR 150	
SALARIOS ADEUDADOS	$ 1.061.415,00
CESANTÍAS	$ 88.451,25
INTERESES A LAS CESANTÍAS	$ 5.528,20
PRIMAS DE SERVICIO	$ 88.451,25
VACACIONES	$ 44.225,63
TOTAL	**$ 1.288.071,33**

AÑO 2018	
DIFERENCIA SALARIAL $168758	
DÍAS A APLICAR 190	
SALARIOS ADEUDADOS	$ 1.068.800,67
CESANTÍAS	$ 89.066,72
INTERESES A LAS CESANTÍAS	$ 5.640,89
PRIMAS DE SERVICIO	$ 89.066,72
VACACIONES	$ 44.533,36
TOTAL	**$ 228.307,70**

GRAN TOTAL ADEUDADO	**$ 2.585.179,69**

Finalmente, frente a la indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del C.S.T., se debe acotar que la misma no procede de manera automática, debiéndose analizar el actuar de la empleadora, estimando la Sala en el *sub-lite* se encuentra acreditado que estaba revestido de buena fe, en tanto el actor refirió que en efecto no venía prestando el servicio en las mismas condiciones ante la venta de las tractomulas en las que prestaba el servicio, situación que se señala motivó la reducción salarial, cancelando la accionada lo que estimaba deber ante la aparente legalidad de la modificación salarial, motivo por el cual no se accederá a esta pretensión.

Por tal razón, las sumas determinadas deberán ser indexadas al momento del pago correspondiente.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR de manera parcial el numeral cuarto de la sentencia proferida el 14 de junio de 2022 por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **CONDENAR** a la demandada URBANOS LOGÍSTICA S. EN C., y de manera solidaria a LEONOR PINZÓN DE ANGULO y MARIO ANGULO como consecuencia de la disminución salarial y, por ende, desmejora al demandante señor NÉSTOR GUILLEM CASTAÑEDA BUSTOS, a reconocer y pagar por concepto de cesantías por el periodo comprendido entre el 2 de diciembre de 1996 y el 31 de diciembre de 1998 en la suma de $556.968.21, suma que deberá indexarse desde las referidas anualidades y hasta el momento en que se efectúe el correspondiente pago.

SEGUNDO: REVOCAR de manera parcial el numeral cuarto de la sentencia proferida el 14 de junio de 2022, en el sentido de **CONDENAR** a la demandada URBANOS LOGÍSTICA S. EN C., y de manera solidaria a LEONOR PINZÓN DE ANGULO y MARIO ANGULO, a reconocer y pagar al demandante señor NÉSTOR GUILLEM CASTAÑEDA BUSTOS por concepto de reajuste de salarios, cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios y vacaciones por el periodo comprendido entre el 1º de agosto de 2017 y el 10 de julio de 2018, la suma de $2.585.179.69, valor que deberá ser indexada sobre cada anualidad discriminada en la parte motiva de esta decisión y hasta que se efectúe el correspondiente pago.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de los demandados URBANOS LOGÍSTICA S. EN C., LEONOR PINZÓN DE ANGULO y MARIO ANGULO por no gozar de prosperidad los recursos de alzada para su absolución, y a favor del demandante. Fíjense como valor de agencias en derecho la suma de $1.000.000, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **17 2020 000065 01**
Demandante:	MANUEL GUILLERMO TORRES NIÑO y OLGA CECILIA MARTÍNEZ DE TORRES
Demandado:	PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada PORVENIR S.A., en contra de la sentencia proferida el 3 de agosto de 2022 por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

Los señores OLGA CECILIA MARTÍNEZ DE TORRES y MANUEL GUILLERMO TORRES NIÑO promovieron demanda ordinaria en contra de PORVENIR S.A., a fin de declararse que dependían económicamente de su hijo fallecido JUAN MANUEL TORRES MARTÍNEZ (q.e.p.d.).

Por consiguiente, se le condene a la demandada PORVENIR S.A. reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes sobre un 100%, a partir del día siguiente al fallecimiento de JUAN MANUEL TORRES MARTÍNEZ, intereses moratorios, indexación, más lo que resulte probado de manera *ultra* y *extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicaron que como demandantes son cónyuges con sociedad conyugal vigente desde el 18 de julio de 1985 hasta la actualidad, al igual que de dicha unión procrearon tres hijos todos mayores de edad, siendo uno de ellos el causante JUAN MANUEL TORRES MARTÍNEZ, quien era soltero, no tenía hijos, vivía dentro del mismo núcleo familiar y era quien sostenía económicamente el mismo.

Que las hermanas del causante de nombres MARÍA HELENA TORRES MARTÍNEZ y MARITZA TORRES MARTÍNEZ tienen obligaciones, hijos y hogares distintos, por lo que el único hijo que vivía dentro de su núcleo familiar era el causante.

Que como demandantes son personas de la tercera edad, por lo que al fallecer su hijo quedaron desprotegidos económicamente, pues era quien les suministraba la manutención, sumado a que, ninguno de los dos percibe pensión ni ayuda económica por el Estado, hijas o familiares.

Por último, refirieron que elevaron ante PORVENIR S.A. solicitud pensional, negándose el derecho con el argumento que no se demostró una dependencia económica con el causante.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PORVENIR S.A. a pesar que contestó la demanda, el Juzgado mediante proveído adiado el 29 de septiembre de 2021 determinó que la misma fue presentada extemporáneamente, por lo que tuvo por no contestada la misma, aspecto que también condujo a que se tuviese como indicio grave en su contra tal situación de conformidad con lo establecido en el parágrafo 2º del artículo 31 del C.P.T. y de la S.S.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 3 de agosto de 2022 declaró que a los señores OLGA CECILIA MARTÍNEZ DE TORRES y MANUEL GUILLERMO TORRES NIÑO, en su calidad de padres del causante JUAN MANUEL TORRES MARTÍNEZ (q.e.p.d.), les asiste el derecho al

reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a partir del 13 de mayo de 2019.

En tal sentido, condenó a PORVENIR S.A. al pago de la pensión de sobrevivientes perseguida en cuantía del S.M.L.V. a partir del 13 de mayo de 2019, junto con los reajustes legales y la mesada adicional de diciembre, ordenando un pago en la suma de $37.316.470 por concepto de mesadas insolutas causadas entre el 13 de mayo de 2019 y el 31 de julio de 2022, y a partir del mes de agosto de 2022 pagar una mesada equivalente a $1.000.000 y en adelante, con los reajustes de cada año y la mesada adicional de diciembre. Asimismo, autorizó a la encartada para que del retroactivo de mesadas pensionales descuente el porcentaje atinentes a los aportes en salud.

Igualmente, condenó a la demandada pagar intereses moratorios a la tasa máxima de interés moratorio vigente para el momento en que se efectúe el correspondiente pago, valor que deberá liquidar mes a mes sobre cada de las mesadas insolutas a partir del 27 de agosto de 2019, absolviendo a la entidad de las demás pretensiones formuladas en su contra.

Para arribar a dicha conclusión, el operador de instancia indicó que dentro del plenario se encuentra probada la calidad de afiliado que ostentaba el fallecido JUAN MANUEL TORRES MARTÍNEZ al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ya que atendiendo la historia laboral aportada por PORVENIR S.A., se ausculta que su afiliación al sistema sucedió desde el 20 de marzo de 2014, teniendo para el 12 de mayo de 2019 un total aproximado de 142 semanas de cotización. Tampoco genera discusión la calidad de padre de los demandantes como da cuenta el registro civil de nacimiento del causante, aunado a que, JUAN MANUEL TORRES MARTÍNEZ nació el 20 de mayo de 1995, por lo que para la fecha de su fallecimiento contaba con 24 años de edad.

Por tal razón, argumentó que las disposiciones normativas para el estudio pensional deprecado son las vigentes al momento del deceso, de allí que JUAN MANUEL TORRES MARTÍNEZ al haber fallecido el 12 de mayo de 2019, las disposiciones aplicables al asunto de marras son las preceptuadas en los artículos

12 y 13 de la Ley 797 de 2003, los cuales modificaron los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993.

Seguidamente, refirió que el causante cotizó por lo menos 50 semanas dentro de los 3 años inmediatamente anteriores al fallecimiento, como quiera que por el periodo comprendido entre el 20 de marzo de 2014 y el 12 de mayo de 2019 tenía válidamente cotizadas alrededor de 142 semanas.

En lo que respecta a la dependencia económica de los aquí demandantes como padres del causante, coligió que en atención de las pruebas tanto documentales como testimoniales, se logró acreditar la dependencia que dispone la norma para el otorgamiento del derecho por sobrevivencia, en el entendido que dentro del plenario no se demostró que la pareja recibiera alguna renta o ingresos propios que predicaran independencia económica, más aún si el actor MANUEL GUILLERMO TORRES NIÑO estuvo privado de la libertad, por lo que era el causante en su momento quien suplía en gran importancia las obligaciones del hogar y sostenimiento de sus padres.

Al unísono, indicó que también debe tenerse en cuenta que la demandada PORVENIR S.A. no contestó la demanda, reseñándose desde aquella oportunidad que esa conducta se tendría como indicio grave en su contra.

Decidido el reconocimiento pensional, expuso el *a-quo* que conforme lo acredita la historia laboral del causante, el IBC del actor al sistema de seguridad social en pensiones correspondió al S.M.L.M.V., por lo que sobre dicho monto fue que dispuso el pago de las mesadas pensionales a partir del 13 de mayo de 2019 y sobre 13 mesadas pensionales al año, autorizando a la entidad para que del retroactivo ocasionado se procediera con el descuento de los correspondientes aportes en salud.

Frente a los intereses moratorios reglados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 según lo pretendido por los demandantes, el operador de instancia determinó la procedencia de los mismos bajo el entendido que operaban pero al tenor de lo dispuesto el artículo 1º de la Ley 717 de 2001 por tratarse de pensión de sobrevivientes, los cuales aplican dentro de los 2 meses siguientes de radicada

la solicitud pensional, argumentando a su vez que este tipo de rubro no corresponden a una sanción que se imponga a la entidad, por lo que, para su imposición, no es necesario analizar una conducta de buena o mala fe, sino que simplemente los intereses de mora tienen un carácter resarcitorio ante la tardanza en la concesión de la prestación a favor de quien demuestra asistirle el derecho.

En tal sentido, concluyó que los demandantes reclamaron a la entidad el pago de la prestación el día 27 de junio de 2019, quien emitió respuesta el 1º de agosto de esa misma anualidad, esto es, dentro de los 2 meses preceptuados en la norma; sin embargo, al tener derecho los actores de la pensión, clara es la mora en que incurrió la encartada, lo que conllevó a imponer condena sobre este concepto a partir del 27 de agosto de 2019.

Seguidamente, coligió que ante la procedencia de los intereses moratorios, resultaba inoperante el paco de la indexación perseguida.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión PORVENIR S.A. la apeló. Solicita la revocatoria de la sentencia de primer grado argumentando que los demandantes no lograron demostrar los requisitos contenidos en el literal d) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, especialmente en lo que atañe al requisito de la dependencia económica para con el causante JUAN MANUEL TORRES MARTÍNEZ (q.e.p.d.).

Ello por cuanto, si bien la norma precedente no exige una dependencia total y absoluta, sí exige una dependencia de tal magnitud que les impida a los posibles beneficiarios subsistir en condiciones de vida digna en los términos de la Corte Constitucional en sentencia C-111 de 2006, incluso la postura decisional emanada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, situación que no se probó en el juicio.

Al unísono, indicó que de la prueba testimonial practicada, no se extrae que el requisito objeto de reproche se haya logrado demostrar, como tampoco ocurrió

con las pruebas de carácter documental. Continúo su argumento en que las declaraciones de las señoras BLANCA LILIA RODRÍGUEZ y MARÍA DEL CARMEN DELGADO DE CAIPA, vecinas de los demandantes, simplemente elevaron manifestaciones verbales y genéricas que el fallecido suministraba la totalidad del aporte económico a sus padres por el simple hecho de que era soltero, no tenía esposa ni hijos, escenarios que no son suficientes para la configuración del requisito de dependencia económica, máxime si los esposos aquí demandantes tenían dos hijas a parte del fallecido, sin que se haya probado que en efecto estas hijas no colaboraran económicamente a los demandantes.

Que atendiendo lo anterior, también debe proceder la absolución sobre la condena impuesta a razón de intereses moratorios ni condena en costas.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales en legal forma y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá determinar si a los aquí demandantes señores OLGA CECILIA MARTÍNEZ DE TORRES y MANUEL GUILLERMO TORRES NIÑO, les asiste el derecho a la pensión de sobrevivientes perseguida con ocasión del fallecimiento de su hijo JUAN MANUEL TORRES MARTÍNEZ (q.e.p.d.).

De salir avante el planteamiento que precede, deberá auscultarse la prosperidad de la condena a razón de intereses moratorios dispuestos en la sentencia de primera instancia, junto con el pago de costas procesales también allí ordenados.

c. Del caso en concreto:

Previo a abordar los planteamientos jurídicos a resolver, sea lo primero indicar los siguientes aspectos:

_ Que JUAN MANUEL TORRES MARTÍNEZ nació el 20 de enero de 1995 como dan cuenta las copias del registro civil de nacimiento y la cédula de ciudadanía, quien falleció el 12 de mayo de 2019 según se aprecia del registro civil de defunción (Fls. 102, 105 y 113 – PDF 2020-065 – EXPEDIENTE DIGITAL).

_ Que según se advierte del registro civil de nacimiento del fallecido JUAN MANUEL TORRES MARTÍNEZ, sus padres son los aquí demandantes OLGA CECILIA MARTÍNEZ DE TORRES y MANUEL GUILLERMO TORRES NIÑO.

_ Que los aquí demandantes OLGA CECILIA MARTÍNEZ DE TORRES y MANUEL GUILLERMO TORRES NIÑO contrajeron matrimonio el 18 de julio de 1981 como lo acredita el correspondiente registro civil de matrimonio (Fl. 111 – PDF 2020-065 – EXPEDIENTE DIGITAL).

_ Que a partir del 20 de marzo de 2014, el fallecido JUAN MANUEL TORRES MARTÍNEZ se afilió al sistema de seguridad social en pensiones en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida por intermedio de la aquí demandada PORVENIR S.A. según se acredita del formulario de afiliación No. 96735233 (Fl. 184 – PDF 2020-065 – EXPEDIENTE DIGITAL).

Puestas así las cosas, se advierte que conforme lo ha adoctrinado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras, en sentencia SL2075-2021, Radicación No. 83457 del 19 de mayo de 2021, la norma que regula la materia de la pensión de sobrevivientes pretendida es la vigente al momento del óbito del causante, de modo que para el presente evento, por haber fallecido JUAN MANUEL TORRES MARTÍNEZ el 12 de mayo de 2019, el presente asunto debe analizarse a la luz de los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, que modificaron el artículo 74 de Ley 100 de 1993.

Al respecto, imperioso resulta traer a colación que para el análisis de la prestación por sobrevivencia bajo la égida del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, el artículo 73 de la Ley 100 de 1993 dispone:

> ***"ARTÍCULO 73. REQUISITOS Y MONTO.*** *Los requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes en el régimen de capitalización individual con solidaridad así como su monto, se regirán por las disposiciones contenidas en los artículos 46 y 48, de la presente Ley."*

Es por ello, que el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, numeral 1º reguló:

> *"2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento y se acrediten las siguientes condiciones:".*

A su turno, el artículo 74 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, en el especialísimo caso del análisis prestacional por sobrevivencia de padres respecto con ocasión del fallecimiento de sus hijos determinó:

> *"**ARTÍCULO 74. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.***
>
> *<Artículo modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:*
>
> *d) <Aparte tachado INEXEQUIBLE> A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente **~~de forma total y absoluta~~** de este;"*

Primeramente, precisa la Sala que el causante JUAN MANUEL TORRES MARTÍNEZ falleció el 12 de mayo de 2019, y según se refleja de su historia laboral, durante los 3 años inmediatamente anteriores al deceso, esto es, entre el 12 de mayo de 2016 y el 12 de mayo de 2019, cotizó un aproximado de 142 semanas, cumpliéndose así con el primer requisito pensional.

En lo que atañe al requisito de la dependencia económica, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema ha adoctrinado que, para acceder a la pensión de sobrevivientes, la dependencia económica de los padres no tiene que ser total y absoluta para con el hijo fallecido, como quiera que pueden recibir ingresos por su propio trabajo o recursos de otras fuentes, siempre y cuando esto no los convierta en autosuficientes.

Para mayor entendimiento, la Alta Corporación en sentencia SL3797-2022, Radicación No. 87736 del 1º de noviembre de 2022, refirió lo siguiente:

> *"En efecto, el raciocinio del juez plural se fundó en el entendimiento que dio esta Sala al concepto de dependencia económica, pues en su labor interpretativa principalmente coligió que la colaboración del de cujus se mostró oportuna, continua y suficiente, de forma tal que fue determinante para la subsistencia digna de su progenitora.*
>
> *Entonces, contrario a lo que afirma la censura, el ad quem no dio a entender que el requisito en mención se derivaba de una simple ayuda del causante en favor de Liliana María Buriticá Bedoya.*
>
> *Precisamente, la Corte Constitucional explicó que el concepto dependencia económica es distinto a la simple colaboración, ayuda o contribución que los hijos pueden otorgar a sus padres, pues, a partir de su significado obvio, supone «la necesidad de una persona del auxilio o protección de otra», de modo que los beneficiarios de dicha prestación tienen que encontrarse subordinados o supeditados al ingreso que les brindaba el de cujus para salvaguardar sus condiciones existenciales (CC C111-2006).*
>
> *Asimismo, esta Sala adoctrinó que la contribución financiera del hijo hacia los padres no tiene que ser total o absoluta, en la medida que los ingresos que aquellos perciben por su propio trabajo o los recursos que posean pueden resultar insuficientes para satisfacer sus necesidades, pero que sí debían ser «constante[s] y permanente[s]» y, además, contribuir a sobrellevar las cargas o gastos familiares, es decir, que sean considerables o significativos (CSJ SL, 4 dic. 2008, rad. 30385).*
>
> *En ese sentido, esta colegiatura ha reiterado el criterio de la subordinación económica parcial siempre que el auxilio otorgado por el afiliado a sus progenitores sea cierto, periódico o constante y significativo, de manera que, ante la muerte del afiliado, se pongan en riesgo sus condiciones de vida digna (CSJ SL14539-2016).*
>
> *Esta Sala de la Corte también ha sostenido que la subordinación financiera implica que los ingresos que puedan percibir los padres no los conviertan en autosuficientes monetariamente, y precisó que aquella solo puede ser definida y establecida en cada caso concreto (CSJ SL12185-2016)."*

Tal entendimiento también se puede confrontar en sentencias SL3724-2022, Radicación No. 88289 del 25 de octubre de 2022, SL3746-2022, Radicación No. 92393 del 25 de octubre de 2022, SL-3667-2022, Radicación No. 89281 del 19 de octubre de 2022, entre otras.

Así las cosas, en el transcurrir del trámite procesal se recepcionó el testimonio de la señora BLANCA LILIA RODRÍGUEZ, quien manifestó que es casada hace 42 años, así como que es vecina de los demandantes hace 35 años. Que conoció a la pareja por vecindad desde aproximadamente 35 años, ubicada en la calle 19 del Municipio de Soacha.

Seguidamente, relató que la pareja procreó 3 hijos de nombres MARÍA HELENA, JUAN MANUEL y MARITZA. Puntualizó tener conocimiento que MARÍA HELENA es la hija mayor quien vive en Estados Unidos, MARITZA quien trabaja y JUAN MANUEL quien falleció, último quien trabajaba en un colegio. Expuso no saber el motivo del fallecimiento de JUAN MANUEL, pero asentó que su deceso ocurrió en el hogar de la familia hace aproximadamente 3 años.

Enfatizó que cuando JUAN MANUEL falleció vivía en el hogar de los demandantes, el cual se conformaba por estos y el causante. En cuanto a los gastos económicos del hogar, refirió que el demandante MANUEL GUILLERMO TORRES NIÑO para el tiempo en que falleció JUAN MANUEL TORRES MARTÍNEZ se encontraba preso, por lo que el causante vivía con su madre OLGA CECILIA MARTÍNEZ DE TORRES.

Que para la época del deceso de JUAN MANUEL TORRES MARTÍNES los demandantes vivían en casa propia, siendo el causante quien suministraba el mercado y el pago de servicios en el hogar, pero sin tener conocimiento a cuánto ascendía el monto económico que aportaba el fallecido para el mantenimiento del hogar, como tampoco tiene conocimiento cuáles eran los gastos personales del causante.

Expuso tener conocimiento del suministro económico del causante en el hogar de los demandantes, como quiera que es amiga de la señora OLGA CECILIA MARTÍNEZ DE TORRES, siendo quien se lo comentó. Que el causante no tuvo hijos ni pareja, al igual que las hijas de la pareja colaboran económicamente en la actualidad dentro de dicho hogar.

Adujo que la señora OLGA CECILIA MARÍNEZ DE TORRES no trabajó nunca permaneciendo todo el tiempo al servicio del hogar. Mencionó que entre el año 2018 y 2019 el demandante señor MANUEL GUILLERMO TORRES NIÑO trabajó

en un tiempo, argumentando también que estuvo privado de la libertad, pero no recuerda la fecha de esta situación como tampoco el porqué.

Que el causante JUAN MANUEL TORRES MARTÍNES llevaba laborando en el colegio aproximadamente tres años donde era profesor de educación física. Que desde que JUAN MANUEL TORRES MARTÍNEZ falleció el sustento económico de la pareja se ha suplido porque el demandante señor MANUEL GUILLERMO TORRES NIÑO trabaja, sin que las hijas brinden esta ayuda.

Manifestó que el causante era una persona dedicada al hogar y al trabajo, y que para la fecha del deceso de JUAN MANUEL TORRES MARTÍNEZ el demandante MANUEL GUILLERMO TORRES NIÑO poco tiempo atrás había salido de la cárcel. Mencionó que los demandantes estaban afiliados al sistema de seguridad social en salud a través del causante, porque era quien les pagaba de manera mensual esa afiliación. Que entre los años 2018 y 2019 ella frecuentaba el hogar de los demandantes, incluso la actora OLGA CECILIA MARÍNEZ DE TORRES iba a su casa.

La testigo MARÍA DEL CARMEN DELGADO DE CAIPA relató que tiene 55 años y se dedica al hogar, vive en el Municipio de Soacha en la calle 21, lugar ubicado a dos cuadras de la vivienda de la pareja aquí demandante.

Relató que conoce a los demandantes desde aproximadamente 1986 cuando todos llegaron a vivir al mismo barrio, por lo que son vecinos. Que la pareja procreó tres hijos de nombres HELENA, MARITZA y JUAN MANUEL, exponiendo que HELENA vive en Estados Unidos hace 10 años, MARITZ vive en Soacha, pero no con la pareja, mientras que el hijo JUAN MANUEL vivía con los actores y cuando falleció tenía 24 años, quien trabajaba como profesor en un colegio y era el que veía por la pareja, deceso que arguye sucedió en el mes de mayo de 2019.

Que el causante vivía con sus padres y era quien colaboraba a sus padres como quiera que la pareja no trabajaba, teniendo conocimiento que era el causante quien compraba el mercado, pagaba los recibos, le sufragaba los aportes en salud a sus padres por cuanto al ser profesor no podía afiliar en salud a la pareja toda vez que para los meses de cada anualidad se le desvinculaba laboralmente.

Dice creer que para la época del deceso de JUAN MANUEL TORRES MARTÍNEZ la pareja no había terminado de cancelar la deuda de su vivienda, no sabe a cuánto ascendían los ingresos del causante, reseñando tener conocimiento que las hijas de los demandantes no les brindaban un sustento económico a la pareja. No le constan cuáles eran los gastos personales del causante.

Depuso tener conocimiento que el demandante señor MANUEL GUILLERMO TORRES NIÑO al momento del deceso de JUAN MANUEL TORRES MARTÍNEZ no trabajaba, ya que poco tiempo atrás había salido de la cárcel, donde estuvo detenido aproximadamente 2 años. Que la demandante no trabajaba, enfatizando a su vez que la visita de ella como declarante al hogar de la pareja no es constante, al igual que han sido vecinos en todo momento desde 1986.

Que era el causante quien suministraba ropa y alimentación a la señora OLGA CECILIA MARTÍNEZ DE TORRES, última que en todo momento permaneció en el hogar. Que desde la fecha del fallecimiento de JUAN MANUEL TORRES MARTÍNEZ la situación económica de la pareja ha sido muy difícil, tanto así que para la época de la pandemia tuvieron que poner bandera roja en el hogar. Tiene conocimiento que desde que el causante comenzó a trabajar colaboró económicamente en su hogar ya que era muy responsable, así como que en alguna ocasión ella como declarante cuando visitó el hogar de la pareja vio que el fallecido le suministraba dinero a la demandante para el pago de recibos y mercado.

Aunado a lo anterior, se aportaron las declaraciones extra proceso que rindieran ROSA ELENA CEDIEL GUTIÉRREZ y ABEL ORTÍZ RIVEZ el 3 de septiembre de 2019 ante la Notaría Segunda del Círculo de Soacha, quienes en términos generales expusieron conocer al causante JUAN MANUEL TORRES MARTÍNEZ, persona que en vida no procreó hijos, como tampoco tuvo compañera permanente o cónyuge, quien convivió con sus padres hasta la fecha de su deceso (Fls. 117 120 – PDF 2020-065 – EXPEDIENTE DIGITAL).

Atendiendo lo hasta aquí expuesto, la Sala puede colegir que el derecho por sobrevivencia reconocido en primera instancia habrá de confirmarse. Nótese que conforme lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de

Justicia, las declaraciones brindadas por las señoras BLANCA LILIA RODRÍGUEZ y MARÍA DELGADO DE CAIPA, ambas vecinas de la pareja demandante, reflejaron sendos relatos que advierten a la sala que en efecto el causante JUAN MANUEL TORRES MARTÍNEZ como hijo convivió con la pareja, y que con ocasión de ello existió un apoyo económico en el hogar continuo, oportuno y suficiente ya que en todo momento existió una colaboración para con sus padres que constituye un actuar determinante para la subsistencia digna de sus progenitores.

Y es tan así que las declarantes afirmaron que la demandante señora OLGA CECILIA MARTÍNEZ DE TORRES nunca laboró, puesto que siempre permaneció en el hogar, mientras que en lo que atañe al señor MANUEL GUILLERMO TORRES NIÑO, fueron contestes en indicar que incluso éste por lo menos dos años inmediatamente anteriores al fallecimiento de JUAN MANUEL TORRES MARTÍENZ se encontraba preso, aspecto por el que la Sala puede colegir que dentro del presente asunto se configuran los presupuestos necesarios para determinarse que en efecto fue el fallecido quien suministró un sustento económico y necesario para con la pareja en aras de preservar una subsistencia digna según las reglas dispuestas por la Alta Corporación.

Ahora, si bien la declaración de la señora MARÍA DEL CARMEN DELGADO DE CAIPA indicó que luego de fallecido el causante, el demandante señor MANUEL GUILLERMO TORRES NIÑO comenzó a laborar, esa situación no es óbice para que pueda entenderse que por lo menos hasta el fallecimiento de JUAN MANUEL TORRES MARTÍNEZ no llevara a cabo tal actuar.

De otra parte, ambos testimonios refirieron que las dos hijas restantes de la pareja, esto es, HELENA y MARITZA, no suministraron aporte económico alguno al hogar, en tanto, tenían sus propios asuntos y no vivían dentro del núcleo familiar. Adicionalmente, no puede perderse de vista que si bien PORVENIR S.A. argumentó en su alzada que las declaraciones de BLANCA LILIA RODRPIGUEZ y MARÍA DEL CARMEN DELGADO DE CAIPA no prueban el requisito de la dependencia económica, ante las razones hasta aquí expuestas demuestran lo contrario, máxime que no se puede perder de vista que dentro del trámite procesal se tuvo por no contestada la demanda, teniendo como indicio grave en su contra esa situación, lo que refleja una notoria carencia probatoria de la

entidad; circunstancia por la cual, se confirmará la decisión de primer grado sobre este puntualísimo aspecto.

d. Del monto y fecha de concesión del reconocimiento pensional:

De entrada, precisa la Sala que a PORVENIR S.A. se le tuvo por no contestada la demanda, y si bien formuló la excepción de prescripción, la misma no será tenida como objeto de análisis, por lo que el derecho pensional debe ser reconocido a partir del 13 de mayo de 2019, día siguiente al fallecimiento de JUAN MANUEL TORRES MARTÍNEZ.

En tal sentido, el artículo 48 de la Ley 100 de 1993 regula el monto de la prestación, bajo los siguientes preceptos:

> ***"ARTÍCULO 48. MONTO DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.*** *El monto mensual de la pensión de sobrevivientes por muerte del pensionado será igual al 100% de la pensión que aquel disfrutaba.*
>
> *El monto mensual de la Pensión total de sobrevivientes por muerte del afiliado será igual al 45% del ingreso base de liquidación más 2% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas adicionales de cotización a las primeras quinientas (500) semanas de cotización, sin que exceda el 75% del ingreso base de liquidación.*
>
> *En ningún caso el monto de la pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente, conforme a lo establecido en el artículo 35 de la presente Ley.*
>
> *No obstante lo previsto en este artículo, los afiliados podrán optar por una pensión de sobrevivientes equivalente al régimen de pensión de sobrevivientes del ISS, vigente con anterioridad a la fecha de vigencia de la presente Ley equivalente al 65% del ingreso base de liquidación, siempre que se cumplan las mismas condiciones establecidas por dicho instituto."*

Se aprecia de la historia laboral el señor JUAN MANUEL TORRES MARTÍNEZ en todo momento realizó cotizaciones sobre un S.M.L.M.V., de allí que según lo determinado por el fallador de instancia, el reconocimiento pensional deba realizarse a partir del 13 de mayo de 2019 con una mesada pensional equivalente al S.M.L.M.V. y sobre 13 mesadas pensionales al año (Fls. 186 a 190 - – PDF 2020-065 – EXPEDIENTE DIGITAL).

A pesar de ello, precisa la Sala que el operador de instancia determinó el reconocimiento y pago de la pensión sin discriminar el porcentaje a cada demandante en su calidad de padres del causante. Por tal razón, es menester precisar que la prestación se reconocerá en un 50% para cada uno de los actores.

En lo que respecta al retroactivo pensional, la Sala lo determina por el periodo comprendido entre el 13 de mayo de 2019 y el 30 de noviembre de 2022 en la suma de $40.896.891.96, ello en atención de las siguientes mesadas reconocidas anualmente:

AÑO	SALARIO	MESADAS	TOTAL
2019	$ 828.116,00	8,06	$ 6.674.614,96
2020	$ 877.803,00	13	$ 11.411.439,00
2021	$ 908.526,00	13	$ 11.810.838,00
2022	$ 1.000.000,00	11	$ 11.000.000,00
TOTAL REOTROACTIVO			$ 40.896.891,96

Del monto de retroactivo, se dispondrá autorizar a PORVENIR S.A. para que descuente lo atinente a los aportes en salud.

e. Del pago de los intereses moratorios:

En tratándose de pago de intereses moratorios dispuestos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la Corte en sentencia SL3405-2021, Radicación No. 79723 del 27 de julio de 2021, fue específica sobre las situaciones de su aplicabilidad, al respecto señaló:

> *"Ahora, aun cuando la Sala entendiera que al confirmar la decisión de primer grado avaló la imposición de los mencionados réditos, lo cierto es que resultarían procedentes conforme a lo que se explica a continuación:*
>
> *El artículo 141 de la Ley 100 de 1993 dispuso que:*
>
> *A partir del 1o. de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta Ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectué el pago.*
>
> *Tales réditos tienen una naturaleza resarcitoria y no propiamente sancionatoria, dado que buscan subsanar económicamente al acreedor por*

la mora del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones. Dicho, en otros términos, corresponden a una compensación encaminada a aminorar los efectos adversos que produce la mora del deudor en el cumplimiento de las obligaciones (CSJ SL13388-2014 y CSJ SL7893-2015).

En tal dirección, se ha precisado que se deben imponer al margen de la buena o mala fe en que haya incurrido la administradora, siempre que se demuestre el retardo injustificado por parte del obligado.

Además, la jurisprudencia ha establecido una serie de eventos en los que se exceptúa su pago. En efecto, la Sala ha puntualizado algunas circunstancias en las que se releva el pago de los intereses moratorios, entre estas, cuando se niega la pensión con apego minucioso a la ley vigente o cuando la prestación se otorga en virtud de un cambio jurisprudencial, dado que la entidad obligada no podía prever el nuevo entendimiento o interpretación dada a la norma que regula el derecho pensional (CSJ SL5079-2018, reiterada en CSJ SL4103-2019 y CSJ SL1346 de 2020).”

Bajo esta exégesis, a criterio de la Sala la condena por concepto de intereses moratorios impuestos en primer grado habrá de confirmarse, pues a juicio de la Sala es desorientado el argumento de PORVENIR S.A. por medio del cual negó el derecho prestacional de los demandantes, en tanto, adujo que no habían demostrado el requisito de la dependencia económica, pero sin que hubiesen aportado medios de convicción suficiente que abordara sus dichos, sumado a que tampoco puede perderse de visa el hecho que a la entidad de le tuvo por no contestada la demanda, lo que sopesa más aún la carencia probatoria que presuntamente utilizó la encartada en su momento para la negativa del derecho prestacional.

Teniendo en cuenta el escenario descrito, habrá de confirmarse esta condena, máxime si la encartada no encontró reproche alguno sobre los extremos determinados por el *a-quo* para fulminar esta pretensión.

Por último, estima la Sala procedente la condena en costas de primera instancia, ya que al ser PORVENIR S.A. la vencida en juicio, de conformidad con lo establecido en el artículo 365 del C.G.P., opera normativamente esta imposición.

Así las cosas, se modificará y adicionará de manera parcial la decisión de primer grado, de acuerdo con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia. **SIN COSTAS** en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR parcialmente el numeral primero de la sentencia proferida el 3 de agosto de 2022 por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de determinar que el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a los demandantes OLGA CECILIA MARTÍNEZ DE TORRES y MANUEL GUILLERMO TORRES NIÑO, con ocasión del fallecimiento de JUAN MANUEL TORRES MARTÍNEZ (q.e.p.d.), corresponde al 50% para cada uno de ellos, incluyendo el retroactivo determinado en esta instancia de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a PORVENIR S.A. reconocer y pagar a los demandantes OLGA CECILIA MARTÍNEZ DE TORRES y MANUEL GUILLERMO TORRES NIÑO, a razón de retroactivo pensional por el periodo comprendido entre el 13 de mayo de 2019 y el 30 de noviembre de 2022 la suma de $40.896.891.96, poniendo de presente que a cada demandante de dicho retroactivo le corresponde el 50% conforme a lo expuesto en la parte motiva, autorizando a la entidad realizar el descuento de aportes en salud.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **19 2017 00252 01**
Demandante:	LUIS ALFREDO CÁCERES
Demandado:	FONDO PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar en grado jurisdiccional de consulta el presente asunto en favor del demandante, como quiera que la sentencia proferida el 9 de mayo 2022 por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá fue adversa a sus intereses, ello de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.

I-. ANTECEDENTES:

1.1. DE LA DEMANDA:

El señor LUIS ALFREDO CÁCERES promovió demanda ordinaria laboral en contra del FONDO PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, con el fin que se declare que la demandada está obligada a pagar la pensión que causó a razón del tiempo que prestó a los extintos FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA y a su vez que esa prestación convencional de vejez subroga la pensión de jubilación legal que en la actualidad disfruta.

Como consecuencia de tal declaración, pretende se condene a la pasiva a reconocer y pagar la pensión de vejez convencional de manera indexada, a

partir del 7 de diciembre de 2003, descontando lo que se le ha cancelado por concepto de la pensión de jubilación legal que viene disfrutando, ello en aplicación de los principios de condición más beneficiosa y favorabilidad, de lo establecido en el artículo 11 de la Convención Colectiva de Trabajo de 1978 y la jurisprudencia. Igualmente, solicita se condene a pagar las diferencias por concepto de mesadas pensionales desde que causó el derecho a la pensión de jubilación convencional, junto con las costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones señaló que, a partir del 17 de julio de 1992 se dio la extinción definitiva de los FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, la que fue sustituida por la demandada, la que debe asumir su pasivo laboral. Seguidamente, adujo que a la fecha de su retiro voluntario el 7 de diciembre de 1987, ostentaba la calidad de trabajador oficial, alcanzado una antigüedad de 25 años, 7 meses y 18 días.

Precisó que renunció a su cargo para gozar de su pensión de jubilación y que su último salario promedio de liquidación fue de $45.268.14, agregando que la pensión de jubilación fue reconocida con el 73% del último salario promedio de liquidación a partir del 8 de diciembre de 1987; de la misma forma, refirió que nació el 26 de diciembre de 1953, cumpliendo la edad de 50 años el mismo día y mes de 2003.

Más adelante, afirmó que desde dicha calenda peticionó a la demandada la pensión plena de jubilación de conformidad con lo reglado en el Decreto 895 de 1991, la cual fue reconocida mediante Resolución en suma de $115.586.51, con efectividad a partir del 26 de diciembre de 2003, aplicando una tasa de reemplazo a la pensión plena de jubilación, del 80% sobre el último salario promedio de liquidación.

Igualmente, señaló que la Convención Colectiva de Trabajo de 1978 suscrita entre el Sindicato base y los extintos FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, contiene el derecho pensional que aquí se demanda, y además, la tasa de reemplazo con la que se debe liquidar la indexación de su primera

mesada pensional con base en el referido acuerdo convencional es del 80% a partir de la calenda en la que cumplió 60 años, siéndole más favorable la pensión de jubilación convencional, que la legal que actualmente recibe de parte de demandada.

Añadió que hasta la fecha de su retiro fue sindicalizado, por ende, es beneficiario de las Convenciones Colectivas de Trabajo suscritas entre el sindicato de base y FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, aclarando que la pensión de jubilación convencional subrogaría la pensión de jubilación por retiro voluntario de carácter legal que percibe. Por último, expuso que elevó la reclamación administrativa en la que solicitó los derechos laborales que demanda sin lograr un resultado positivo. (Archivo03).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

El FONDO PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones formuladas, argumentando que mediante Resolución No. 2844 del 29 de junio de 1994 ordenó el pago a favor del actor la pensión plena de jubilación con los ajustes de ley, de acuerdo con lo establecido en el literal f) del artículo 9 de la Ley 21 de 1988 en concordancia con el artículo 10 del Decreto 1585 de 1989. Enfatizó que realizó la liquidación de la prestación pensional teniendo en cuenta todos los factores salariales y las eventualidades consagradas en las normas de carácter legal y convencional, por lo que la mesada que recibe en la actualidad se encuentra ajustada a derecho.

Formuló como medios exceptivos los de prescripción, buena fe, falta de título o causa para demandar y la genérica. (Archivo 07).

Mediante auto de 10 de marzo de 2022, el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, remitió las presentes diligencias a los Juzgados de Descongestión de esta ciudad, en cumplimiento a lo dispuesto en el Acuerdo CSJBTA22-15 de 1 de marzo de 2022, del cual avocó conocimiento el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá (Fl. 175 archivo 10 y archivo 02).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 9 de mayo de 2022, declaró probada la excepción propuesta por la demandada de falta de título y causa para demandar, absolviendo de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra por el actor y condenando en costas a la activa.

Para arribar a dicha conclusión, la *a-quo* al referirse a la pretensión relacionada con el reconocimiento de la pensión convencional, señaló que el artículo 11 de la Convención Colectiva suscrita en 1978 entre FERROCARRILES DE COLOMBIA y el SINDICATO ÚNICO DE TRABAJADORES FERROVIARIOS – SINTRAFER contiene dicha prerrogativa, de la cual se aportó su texto con la respetiva constancia de depósito de acuerdo con lo previsto en el artículo 467 del C.S.T., artículo convencional que trajo a colación, extrayendo del mismo que son requisitos para su causación haber prestado quince (15) años de servicios de manera continua o discontinua, cumplir 60 años y ostentar la calidad de trabajador de la entidad.

De esa forma, al proceder a verificar la acreditación de tales presupuestos, hizo mención a los artículos 164 y 167 de C.G.P., aplicable por analogía al procedimiento laboral, indicando que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, advirtiendo en el presente asunto se encuentra una significativa ausencia de material probatorio con el cual se pueda decidir el asunto puesto a consideración.

Refirió que si bien en la contestación de la demanda se aceptaron algunos hechos, relacionados con la condición de trabajador oficial y el reconocimiento de la pensión plena de jubilación a favor del actor, también lo era que solo obra la reclamación administrativa y las convenciones colectivas que fueron aportadas en audiencia de 7 de junio de 2018, de las cuales solo se puede extraer el reconocimiento de la prestación, además no reposa el expediente administrativo.

De otra parte, estimó que el gestor no avaló la condición de miembro del sindicato SINTRAFER, o que esa organización sindical contara con un número superior de miembros a la tercera parte del total de trabajadores de la empresa, ni su adhesión a la Convención de 1978, para tenerlo como beneficiario de esta; más si se tiene en cuenta que la convención no establece si se aplica a todos los trabajadores fueren sindicalizados o no.

A su vez, no se allegó ningún documento que permitiera corroborar la edad del demandante, ni la resolución mediante la cual le fue reconocida la pensión de jubilación, documentos que, si bien solicitó con la demanda, no era menos cierto que los mismos son conocidos por el actor, sin que sea de recibo tal carencia probatoria, lo que conlleva a la absolución de las pretensiones de la demanda al no contar con un soporte que permita analizar los hechos puestos a consideración.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

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

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose los presupuestos procesales y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, habrá de auscultarse si al promotor de la litis le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión convencional que reclama en la demanda.

c. De la Pensión Convencional:

A efectos de desatar el problema jurídico que se plantea, se advierte que el promotor afirma en la demanda que prestó sus servicios a los FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA como trabajador oficial, y que le fue reconocida pensión plena de jubilación por parte de la encartada, aspectos que fueron aceptados por la pasiva.

De otro lado, aduce que la pensión convencional que pactaron el sindicato base y los extintos FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA en la Convención Colectiva de 1978 es más beneficiosa que la que en la actualidad devenga. De esa forma, se hace necesario traer a colación lo establecido en el artículo 469 del C.S.T., el cual señala:

> "*La convención colectiva debe celebrarse por escrito y se extenderá en tantos ejemplares cuantas sean las partes y uno más, que se depositará necesariamente en el Departamento Nacional de Trabajo, a más tardar dentro de los quince (15) días siguientes al de su firma. Sin el cumplimiento de todos estos requisitos la convención no produce ningún efecto.*"

Es así que, al revisar el plenario, se aprecia que la Convención Colectiva de Trabajo aportada (Fls. 75 a 135 - Cuaderno PDF Anexos y demanda), fue la celebrada por los FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA y SINTRAFER en 1978, la cual contiene la constancia de depósito y en consecuencia es fuente de derecho, además por cumplir con los presupuestos del artículo 467 del C.S.T.

En tal sentido, el artículo 11 Convencional regula la pensión de vejez deprecada (Fls. 130 a 152 archivo 10), así:

> *"ARTICULO DECIMO PRIMERO. - PENSION DE VEJEZ. - Los trabajadores que hayan prestado su servicio por un lapso no inferior a quince (15) años continuos o discontinuos a los Ferrocarriles Nacionales de Colombia y a Entidades de Derecho Público y tengan la máxima edad de sesenta (60) años, tendrán derecho a la pensión especial de jubilación por vejez, en cuantía directamente proporcional al tempo servido, respecto a lo que le habría correspondido en caso de reunir los requisitos necesarios para gozar de la Pensión Plena de Jubilación.*

"Este punto cobija el personal vinculado en la actualidad con contrato Individual de trabajo, entendiéndose que, si el tiempo prestado es exclusivamente a Ferrocarriles, la proporcionalidad es al 80% y si el servicio es con varias entidades, el 75%."

De la citada disposición convencional se extrae que dos son los requisitos para acceder a la pensión de jubilación que se pretende: (i) haber laborado más de 15 años continuos o discontinuos a los Ferrocarriles Nacionales de Colombia y a entidades de derecho público, y (ii) que tengan la edad de sesenta (60) años.

Es de mencionar que acorde con lo dispuesto en los artículos 470, 471 y 472 del C.S.T., la extensión de la Convención Colectiva cobija a los miembros del sindicato que la hayan suscrito y a quienes se adhieran a ella o se afilien posteriormente al Sindicato, a todos los trabajadores de la empresa si el sindicato firmante agrupa a más de la tercera parte de los empleados de la empresa y por decisión gubernamental.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral en sentencia SL5440-2018, Radicación No. 68767 de 4 de diciembre de 2018, en la que memoró lo dicho por esa Corporación en sentencia CSJ SL 13227-2014, 27 ago. 2014, rad. 38740, indicó:

"En las condiciones reseñadas, las acusaciones resultan fundadas. Sin embargo, la sentencia no podría ser quebrantada pues en instancia la Corte llegaría a la misma decisión absolutoria impartida por el Tribunal, por las razones que en la sentencia memorada del 23 de marzo del corriente año, así se manifestaron:

"…en sede de instancia la Corte encontraría que la condición de beneficiario de una convención colectiva de trabajo no se presume, sino que es menester de acuerdo con la ley, demostrar esa calidad, bien con la prueba de que es afiliado al sindicato que la celebró, o ya porque sin serlo decidió adherirse a sus disposiciones, o que el sindicato agrupa más de la tercera del total de los trabajadores de la empresa o por último por disposición o acto gubernamental".

En otro giro, huelga recordar que artículo 167 del C.G.P. aplicable por remisión normativa a los juicios del trabajo, consagra que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral

en sentencia SL3277-2021, Radicación No.82819de 26 de julio de 2021, señaló:

> *"[...] impera a quien afirma el supuesto fáctico de la norma, acreditar su ocurrencia, salvo que, según las particularidades del caso, impliquen una imposición probatoria desproporcionada o imposible (como ocurre, en la última hipótesis, con las afirmaciones o negaciones indefinidas), contexto en el cual dicha carga, por decisión del Juez y/o de la ley, se invierte, como lo expuso la Corte en las sentencias CSJ SL10115-2014, CSJ SL11325-2016 y CSJ SL 696-2021.*
>
> *"En efecto, en la primera providencia, señaló:*
>
> *"El paulatino abandono de la aplicación estricta de la regla de distribución de las cargas probatorias, y el tránsito hacia un esquema flexible, basado en la mejor disposición que tiene una de las partes para allegar un determinado elemento de juicio, se erige como una razón adicional para esperar que quien tiene en su poder la prueba, sea quien soporte la carga de aducirla en juicio, con mayor razón si con ella pretende acreditar un supuesto fáctico que le favorece.*
>
> *"En la segunda, dijo:*
>
> *"De antaño se ha considerado como principio universal en cuestión de la carga probatoria, que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla, obligando a quien pretende o demanda un derecho, que lo alegue y demuestre los hechos que lo gestan o aquellos en que se funda, desplazándose la carga de la prueba a la parte contraria cuando se opone o excepciona aduciendo en su defensa hechos que requieren igualmente de su comprobación, debiendo desvirtuar la prueba que el actor haya aportado como soporte de los supuestos fácticos propios de la tutela jurídica efectiva del derecho reclamado» (Sentencia CSJ SL, 22 abril 2004, rad. 21779).*
>
> *"[...]*
>
> *"Ahora bien, por regla general el onus probandi, en la forma referida, permanece inmodificable, pero hay eventos donde cobra vigencia el carácter dinámico de la carga de la prueba, para efectos de distribuirla de manera equitativa y lograr un equilibrio de las partes en la obligación de probar, ello dentro del marco de lealtad y colaboración".*

d. Del Caso en Concreto:

Al descender al *sub-examine*, y a afectos de corroborar el cumplimiento de los requisitos exigidos por el acuerdo convencional traído a colación en esta oportunidad, advierte la Sala que, si bien la entidad demandada aceptó que el actor prestó sus servicios a los FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

como trabajador oficial, y que le fue reconocida pensión plena de jubilación, lo cierto es, que no obra medio de prueba que permita tener certeza sobre la acreditación de los requisitos que exige la Convención, y si tal prestación le sería más beneficiosa al gestor, pues nótese que si bien desde la presentación de la demanda se solicitó que el extremo pasivo aportara con la contestación algunas documentales y la encartada adujo que aportaba el expediente administrativo, al examinarse las diligencias, no se encontró el mismo conforme se dijo en la audiencia de que trata el artículo 77 del CPT y de la SS, pues pese a que se indicó que reposaba en el folio 30, lo que allí obra es un memorial de la parte actora, tal como lo expuso la falladora de instancia.

Además, pese a los requerimientos que realizaron los juzgados de origen a las partes mediante autos de 26 de agosto de 2021 y 8 de abril de 2022 (Fls. 173 archivo 10 y archivo 03), para que aportaran la Resolución No. 2844 de 1994 a través de la cual se reconoció la pensión plena de jubilación al actor, conforme se mencionó en la contestación de la demanda, no fue posible obtener tales documentales a efectos de decidir el fondo de la litis, aunado a que el gestor ni siquiera aportó copia de su documento de identidad a fin de corroborar uno de los requisitos exigidos para acceder a la prestación convencional, como lo es la edad, pues la única prueba que allegó fue la reclamación administrativa (Archivo 04).

De otro lado, tampoco se pudo establecer si era beneficiario de la Convención Colectiva en comento, ya que la encartada en la contestación dijo no constarle tal aspecto, pues no reposaba prueba alguna en el expediente administrativo de constancia que indicara que fuese sindicalizado, a lo que se suma que del texto convencional no se puede extraer si su aplicación se ampliaba a todos los trabajadores, tal como lo expuso la *a-quo*, aspecto que como lo ha dicho el órgano de cierre de esta especialidad no es posible presumir.

De esta forma, y ante tal orfandad probatoria no le queda otro camino a esta Colegiatura que confirmar la sentencia de primer grado, pues los hechos en los que se fundaron los pedimentos de la demanda no fueron probados.

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

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 9 de mayo de 2022 por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **19 2019 00581 01**
Demandante:	JUAN ALBERTO MORALES LEYTON
Demandados:	COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES, a la abogada LILIAN PATRICIA GARCÍA GONZÁLEZ, identificada con cédula de ciudadanía 52.199.648 y T.P. 187.952 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 21 de junio de 2022 por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor JUAN ALBERTO MORALES LEYTON promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y COLFONDOS S.A., a fin de declararse la

nulidad de traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad que efectuara por intermedio de COLFONDOS S.A., ante la omisión del deber de información con la prudencia y pericia necesaria, y de manera clara, completa, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta respecto de las implicaciones que tendría el cambio de régimen y en general sobre las prestaciones económicas que obtendría.

En virtud de lo anterior, se condene a COLFONDOS S.A. remitir con destino a COLPENSIONES los valores obtenidos en virtud de su vinculación en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tales como cotizaciones y bonos pensionales, junto con todos los rendimientos que se hubiesen causado, así como ordenar a COLPENSIONES recibir los valores obtenidos en virtud de la vinculación en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y contabilizar para efectos de pensión las semanas cotizadas en dicho régimen, más lo que resulte probado de manera *ultra* y *extra petita*.

Como pretensiones subsidiarias, pretende la ineficacia e inoperancia de los efectos del traslado realizado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de COLFONDOS S.A., al no poderse predicar la existencia de consentimiento libre, voluntario e informado.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 18 de julio de 1962, iniciando cotizaciones pensionales en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida a través de la CAJA DE PREVISIÓN NACIONAL, y posteriormente, ante la falta de información por parte de COLFONDOS S.A., se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Expuso que, para el momento del traslado, no fue asesorado e informado por ninguno de los fondos de manera transparente, completa, veraz, clara y oportuna, lo que evidencia la negligencia, puesto que en los últimos años es que se evidencia la afectación respecto su derecho pensional, máxime si quedó dentro de la prohibición de que trata la Ley 797 de 2003.

Que se le engañó al manifestársele que obtendría en el régimen privado un mayor valor en el monto de la pensión respecto del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, incluso se le indicó que en COLFONDOS S.A. obtendría una pensión anticipada, no se le comunicó cuál de los regímenes le sería más benéfico teniendo en cuenta su historia laboral, no se le informó a cuánto debía acceder el capital mínimo para pensionarse en el Régimen privado, como tampoco sele hizo una proyección de pensión en ambos regímenes. Asimismo, refirió que no se le informó acerca de los bonos pensionales, entre otros aspectos de desinformación.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLFONDOS S.A. allegó escrito allanándose a las pretensiones de la demanda. Asimismo, reseñó que el aquí demandante suscribió formulario de afiliación ante sus dependencias el 15 de marzo de 1996, traslado que se hizo efectivo a partir del 1º de mayo de la misma anualidad, al igual que confrontadas las bases de datos, no se cuenta con soporte de la asesoría o de una proyección de cálculo actuarial que se le llevase a cabo al actor.

Por otra parte, sostuvo que al demandante al momento de suscribir el formulario de afiliación se le brindó una información de manera libre, voluntaria e informada, por lo que no se configuró ningún vicio del consentimiento.

Sobre dicho allanamiento, la *a-quo* dentro de la audiencia de que trata el artículo 77 del C.P.T. y de la S.S., más exactamente en la etapa de fijación del litigio, adujo que si bien el apoderado de COLFONDOS S.A. tenía la facultad para allanarse de las pretensiones de la demanda de conformidad con la escritura pública que se allegó, consideró ineficaz ese llamamiento teniendo en cuenta que dentro del presente asunto se constituye un litisconsorcio necesario atendiendo la naturaleza de las pretensiones, sin que se vislumbre por parte de COLPENSIONES que haya coadyuvado o firmado el escrito de allanamiento según lo preceptuado en el inciso 6º del artículo 99 del C.G.P.

COLPENSIONES por su parte contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contra, refiriendo que dentro del expediente no

yace prueba donde se demuestre que al demandante se le hizo incurrir en error ante la falta del deber de información por COLFONDOS S.A., o que nos encontremos en presencia de algún vicio del consentimiento como error, fuerza o dolo.

Que igualmente, tampoco se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o situación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que existió una inconformidad por parte del demandante; por el contrario, se aprecia que las documentales se encuentran sujetas a derecho y que el traslado se llevó a cabo en forma libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas. Igualmente, en el presente caso no se cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, por lo que no procedería el traslado de régimen pensional de conformidad con el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el literal e del artículo 13 de la ley 100 de 1993.

Formuló como medios exceptivos los denominados falta de agotamiento de la reclamación administrativa, errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 21 de junio de 2022:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** la **INEFICACIA** del régimen pensional realizada por el señor **JUAN ALBERTO MORALES LEYTON** del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado el 1º de mayo de 1996 a través de **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**. Por ende, se tendrá como si dicho traslado nunca hubiera ocurrido de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.*
>
> ***SEGUNDO:** Como consecuencia de lo anterior, **CONDENAR** a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** trasladar a la*

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES *aquellos valores que se hubieren recibido con motivo de la afiliación del demandante y que se encuentran en la actualidad en su cuenta de ahorro individual tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, primas de seguros previsionales, rendimientos financieros, frutos e intereses si los hubiere, comisiones y gastos de administración, dineros que deberán se trasladados en forma indexada y con cargo a sus propios recursos discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos cotizados, el IBC reportado y los aportes pagados conforme en lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia.*

TERCERO: CONDENAR *a la* ***ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES*** *a recibir de* ***COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS*** *todos los emolumentos en el numeral inmediatamente anterior para efectos de reactivar válidamente la afiliación del demandante, y proceder enseguida a efectuar los trámites administrativos pertinentes para poder ver reflejados los mencionados valores en la historia laboral del señor* ***JUAN ALBERTO MORALES LEYTON*** *con la respectiva imputación de pagos de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.*

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS *las excepciones propuestas por la* ***ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES*** *teniendo en cuenta las resultas del proceso.*

QUINTO: COSTAS *a cargo de* ***COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS*** *y a favor del demandante. Para tal efecto se fijan como agencias en derecho la suma de un S.M.L.M.V.*

SEXTO: *En caso de no ser apelada esta decisión, se deberá remitir al superior en forma inmediata para que se surta el grado jurisdiccional de* ***CONSULTA*** *exclusivamente en favor de la* ***ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES****."*

Para arribar a dicha conclusión, la operadora de instancia adujo en primer lugar que el traslado de régimen por vinculación a 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 y contratos que así lo exija, aunado a que el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, estableció que la selección de uno o cualquiera de los regímenes pensionales sería libre y voluntaria por parte del afiliado quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

Seguidamente, relató que atendiendo la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, les corresponde a las AFP garantizar que el traslado de sus potenciales afiliados al Régimen de

Ahorro Individual con Solidaridad se llevó a cabo ante una decisión informada y verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, al punto de que se hubiere podido conocer por parte del afiliado la identificación de los riesgos que implicaba dicho acto, y a su vez los beneficios que debía reportar de manera clara, carga probatoria que para el presente asunto COLFONDOS S.A. no logró demostrar, máxime si se tiene en cuenta que la AFP ni siquiera acreditó el formulario de afiliación del aquí demandante ante sus dependencias.

Asimismo, puntualizó que no goza de prosperidad la excepción de prescripción por cuanto todos los asuntos derivados del derecho pensional no pueden verse afectados de este fenómeno.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión COLPENSIONES la apeló. Indicó en su alzada que el demandante estuvo afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida ante la antigua CAJANAL, sin que para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 se encontrara afiliado ante el ISS, por lo que la ineficacia resultaría inoponible frente a terceros de buena fe como ocurre en su caso.

Adicionalmente, refirió que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición legal dispuesta en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, el cual modificó lo preceptuado en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, sumado a que, no se acreditaron vicios del consentimiento pues el actor en su interrogatorio de parte no refirió alguna coacción cuando suscribió el formulario de afiliación ante COLFONDOS S.A., encontrando incluso satisfechos con los rendimientos generados dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, permaneciendo allí por más de 25 años.

Que en caso de salir abante la decisión de primer grado, solicita la devolución total de las sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante por la AFP, como lo son cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, cuotas abonadas, gastos de administración y los demás a que hubiere lugar debidamente indexados, por cuanto no se puede dar cumplimiento al fallo hasta tanto COLFONDOS reintegre en su totalidad dichos

rubros y actualice los datos del demandante en la respectiva base de datos. En últimas, solicitó que la AFP no efectúe descuentos por conceptos de seguros de invalidez o de vejez.

Por último, solicitó el estudio de la excepción de falta de reclamación administrativa, en la medida que la parte demandante no agotó dicho requisito de procedibilidad para el presente asunto.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta procedente la falta de reclamación administrativa.

Asimismo, la Sala deberá auscultar si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional que realizó la demandante.

c. Del caso en concreto:

En lo que atañe a la reclamación administrativa, como lo determinó la *a-quo*, el presente proceso gravita en torno a la declaratoria de la ineficacia que llevara a cabo el aquí demandante del Régimen de Prima con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de COLFONDOS S.A., de allí que salir avante tal súplica, se constituya la obligatoriedad de retornarse ante la encartada COLPENSIONES por ser la administradora del régimen público.

El artículo 61 del C.G.P., aplicable por remisión analógica determina:

*"**Artículo 61. Litisconsorcio necesario e integración del contradictorio** Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, haya de resolverse de manera uniforme y no sea posible decidir de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas; si no se hiciere así, el juez, en el auto que admite la demanda, ordenará notificar y dar traslado de esta a quienes falten para integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado.*

En caso de no haberse ordenado el traslado al admitirse la demanda, el juez dispondrá la citación de las mencionadas personas, de oficio o a petición de parte, mientras no se haya dictado sentencia de primera instancia, y concederá a los citados el mismo término para que comparezcan. El proceso se suspenderá durante dicho término.

Si alguno de los convocados solicita pruebas en el escrito de intervención, el juez resolverá sobre ellas y si las decreta fijará audiencia para practicarlas.

Los recursos y en general las actuaciones de cada litisconsorte favorecerán a los demás. Sin embargo, los actos que impliquen disposición del derecho en litigio solo tendrán eficacia si emanan de todos.

Cuando alguno de los litisconsortes necesarios del demandante no figure en la demanda, podrá pedirse su vinculación acompañando la prueba de dicho litisconsorcio."

Bajo este escenario, palmario resulta entonces que el actor al pretender el retorno del al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, a pesar de no existir la reclamación administrativa con destino a COLPENSIONES, necesariamente se necesita la vinculación de esta última por ser la administrado de ese régimen pensional.

Ahora bien, no puede perderse de vista que el aspecto de la falta de reclamación administrativa si bien COLPENSIONES la alegó dentro del escrito de contestación, esa situación la llevó a cabo como una excepción de fondo y no previa, sumado a que, dentro de la etapa de saneamiento de que trata el artículo 77 del C.P.T. y de la S.S. no refutó el tópico procedimental; circunstancia por la cual, puede colegirse que el trámite quedó subsanado ante la propia aceptación de la entidad de no discutir lo concerniendo en el momento oportuno, de ahí que no pueda alegar en esta instancia escenarios sobre los cuales en su momento no desarrolló mecanismo defensivo alguno.

Aunado a lo anterior, la jurisprudencia de la Sala Laboral ha definido que, en el evento de no haberse agotado la reclamación administrativa, la falta de competencia resulta saneada, cuando tal omisión no es alegada por la parte respecto a la que debía agotarse ese requisito. Al respecto puede consultarse la sentencia de Casación Laboral proferida el 13 de octubre de 1999, Rad. 12.221, en la que la H. Corte advirtió que si el proceso cursa sin que se hubiere puesto de manifiesto en la oportunidad procesal pertinente la falta de agotamiento de la reclamación administrativa, el proceso debe fallarse de fondo, con lo cual se salvaguardan los *"principios de economía procesal, de saneamiento de las nulidades por incompetencia y de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, instituciones estas que constituyen soporte esencial para los propósitos del derecho procesal laboral: hacer efectiva la concepción social y tutelar del derecho laboral sustancial"*, criterio que fue reiterado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 12128 de 2014 con radicación No. 45819.

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

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

271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

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

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

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el*

momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido".

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *"ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial […] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto",* criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

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

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

> *"Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que*

está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento".

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, o si se trasladó de manera horizontal, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso si bien no yace el formulario de afiliación que realizara el actor al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de COLFONDOS S.A., como da cuenta la documental acreditada al plenario, el demandante se trasladó ante dicha ASP el 1º de mayo de 1996. Asimismo, en gracia de discusión, conforme lo ha reiterado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *"Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado".*

Por otra parte, el aquí demandante en el interrogatorio no confesó situación alguna de que al momento del traslado que hiciera al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de COLFONDOS S.A. se le hubiese brindado una asesoría ajustada a derecho, incluido tal aspecto sobre las implicaciones, ventajas y desventajas entre ambos regímenes pensionales, entre otras situaciones de asesoría que entendiera de manera fehaciente la total información suministrada; por el contrario, lo que manifestó fue que se llevó a cabo una asesoría de carácter grupal donde lo único que se le informó fue lo atinente a una presunta rentabilidad que obtendría en el régimen privado, pero sin que de ninguna manera le fuese comunicado los pormenores que acarrearía el traslado, de lo que se puede colegir que no existió confesión sobre

la debida información que debía suministrar la AFP en atención de la inversión de la carga de la prueba en los términos dispuestos en el artículo 167 del C.G.P.

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

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

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

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado al actor para el año 1996, una *"Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*".

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

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

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

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

> *"Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no*

hubiera ocurrido, lo que apareja que COLFONDOS S.A. Deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales".

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

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

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

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

"Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993,

dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»".

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción".

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

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

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

Así las cosas, es evidente que los gastos de administración deban indexarse, más aún cuando tal aspecto en manera alguna se compensa por los rendimientos, como lo señala la AFP.

De otra parte, de las probanzas documentales, así como lo manifestado por el demandante en el interrogatorio de parte rendido, inició sus cotizaciones en el año de 1990 por intermedio de CAJANAL cuando laboraba al servicio del empleador FONDO NACIONAL DEL AHORRO. Por tal razón, es menester

reseñar sobre este aspecto que, el artículo 52 de la Ley 100 de 1993 determinó: que el Régimen de Prima Media con Prestación

> ***"ARTÍCULO 52.*** *Entidades administradoras. El régimen solidario de prima media con prestación definida será administrado por el Instituto de Seguros Sociales.*
>
> *Las cajas, fondos o entidades de seguridad social existentes, del sector público o privado, administrarán este régimen respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan, sin perjuicio de que aquéllos se acojan a cualquiera de los regímenes pensionales previstos en esta Ley.*
>
> *Las cajas, fondos o entidades de seguridad social existentes, del sector público o privado, estarán sometidos a la vigilancia y control de la Superintendencia Bancaria."*

A pesar de ello, la esta Caja de Previsión desapareció de acuerdo con lo establecido en el Decreto 2196 de 2009, el cual dispuso su supresión, donde además en su artículo 4º indicó:

> *"ARTÍCULO 4o. DEL TRASLADO DE AFILIADOS. La Caja Nacional de Previsión Social, Cajanal, EICE, en Liquidación, deberá adelantar todas las acciones necesarias para el traslado de sus afiliados cotizantes, a más tardar dentro del mes siguiente a la vigencia del presente decreto, a la Administradora del Régimen de Prima Media del Instituto de Seguro Social - ISS. Igualmente, deberá trasladar a dicha entidad los conocimientos sobre la forma de adelantar el proceso de sustanciación de los actos administrativos de reconocimiento de pensión de estos afiliados cotizantes, en la medida en que se trata de servidores públicos, para lo cual, estas entidades fijarán las condiciones en la que se realizará dicho traslado".*

Así las cosas, puede colegirse que las situaciones de ineficacia en lo que atañe al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al haberse extinguido CAJANAL, COLPENSIONES al ser el administrador de este aspecto debe atender el retorno del aquí demandante, máxime si se tiene en cuenta que fue la misma disposición normativa la que reguló que debiera ser la encartada la que se encargara de los recursos y administración de la extinta Caja de Previsión Social.

En tal sentido, la sentencia de primera instancia habrá de modificarse y adicionarse. **SIN COSTAS** en esta instancia.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR los numerales segundo y tercero de la sentencia proferida el 21 de junio de 2022 por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, a fin de disponer:

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

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

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

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **20 2019 00226 01**
Demandante:	ÁNGELA MARÍA COLORADO MARIN
Demandados:	COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES, al abogado GUSTAVO ENRIQUE MARTÍNEZ GONZÁLEZ, identificado con cédula de ciudadanía 1.014.196.194 y T.P. 276.516 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada COLPENSIONES en contra de la sentencia proferida el 21 de septiembre de 2022 por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora ÁNGELA MARÍA COLORADO MARIN promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., con la finalidad que

se declare inexistente, ineficaz, inválida o nula su vinculación a PROTECCIÓN S.A., y se declare que su afiliación válida, es al régimen de prima media con prestación definida, por haber sido inducida en error ante la falta al deber de información.

Consecuencialmente, pretende se ordene su regreso al régimen de prima media con prestación definida que administra COLPENSIONES, asimismo, se ordene al fondo privado devuelva a COLPENSIONES todos los valores que se hubiere recibido a su favor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado; igualmente, se ordene a COLPENSIONES reciba todo el ahorro que realizó en el RAIS, sin que sea inferior al que hubiese recibido de permanecer en el RPMPD.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus aspiraciones, refirió que nació el 26 de septiembre de 1966, y se afilió al I.S.S., hoy COLPENSIONES, para los riesgos de invalidez, vejez y muerte el 22 de mayo de 1985 en donde permaneció hasta abril de 2000. Seguidamente, afirmó que se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PROTECCIÓN S.A. el 1º de mayo de 2000.

Refirió que con información errada se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, bajo la promesa que en PROTECCIÓN S.A. recibiría una pensión antes de la edad exigida en el RPMPD y en un monto superior, o en su defecto recibiría la devolución de saldos. De otro lado, adujo que el fondo privado no le informó al momento del traslado cuánto dinero necesitaría en su cuenta de ahorro individual para pensionarse, ni las consecuencias que conllevaría el traslado, pues, aunque no es beneficiaria del régimen de transición, el RPMPD le es más beneficioso a sus intereses personales para tratar de conservar el nivel de vida que ha logrado en todos sus años de trabajo.

Añadió, que el ISS hoy COLPENSIONES al momento del traslado no le explicó los beneficios de continuar en dicho régimen, aceptando con su silencio las

manifestaciones de PROTECCIÓN S.A., quienes sostenían que el régimen público se liquidaría y quedarían desprotegidos sin una pensión que disfrutar; a su vez, refirió que su salario siempre ha sido superior a los cuatro (4) s.m.m.l.v., por lo que se vería afectada por una merma notable en sus ingresos al momento de pensionarse.

Por último, relató que solicitó a las encartadas en agosto de 2018 la nulidad de su afiliación al régimen de ahorro individual y su regreso al régimen de prima media con prestación definida, pedimento que fue despachado de manera negativa por las administradoras de pensiones. (Fls. 1 a 17 archivo 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en el libelo introductorio, indicando que no es procedente declarar la nulidad de la afiliación de la demandante al RAIS, toda vez que fue producto de una manifestación libre y voluntaria de su parte, máxime cuando ha permanecido afiliada a este régimen por más de quince años sin manifestar inconformidad alguna; además se encuentra inmersa en la prohibición de traslado establecida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, que modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Propuso las excepciones de mérito de improcedencia de la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen, inexistencia de la obligación de afiliación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción y la innominada o genérica. (Fls. 67 a 81 archivo 01).

Por su parte, la demandada PROTECCIÓN S.A. se opuso a todas pretensiones del *petitum*, argumentado que se está frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, observándose del formulario de vinculación que suscribió la promotora, que dicho acto se realizó en forma libre y espontánea, acto que tiene la naturaleza de un verdadero contrato, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del Fondo como de la afiliada, manifestación de voluntad que estuvo libre de presión y engaños, desvirtuándose cualquier

evento que pudiera viciar el consentimiento, lo que constituye una manifestación inequívoca de trasladarse a ese fondo.

Como excepciones, formuló las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarará la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, la innominada o genérica, 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. (Fls. 103 a 119 archivo 12).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 21 de septiembre de 2022, resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen pensional de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la señora ANGELA MARIA COLORADO MARIN a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A., realizado el día 13 de marzo de 2000, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.*
>
> *SEGUNDO: DECLARAR como aseguradora del demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a COLPENSIONES.*
>
> *TERCERO: ORDENAR a PROTECCION S.A., devolver los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones obligatorias a pensiones de ANGELA MARIA COLORADO MARIN, junto con los rendimientos financieros causados con destino a COLPENSIONES y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor.*
>
> *CUARTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones elevadas en su contra.*
>
> *QUINTO: CONDENAR en costas a PORVENIR Y COLPENSIONES a favor de la parte actora."*

Para arribar a dicha conclusión, el operador de instancia estimó que, según la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, cuando no se cumple el presupuesto de la información, lo que procede es la ineficacia del traslado, ello en consonancia con lo establecido

en los artículos 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, frente a lo cual la Corte Suprema de Justicia, precisó que es a la AFP PROTECCIÓN S.A. al tenor del artículo 167 del C.G.P., a quien le corresponde probar el haber suministrado a la demandante una debida información, situación que no logró probar dentro del plenario.

En cuanto a los gastos de administración, incluido el seguro previsional, el *a-quo* refirió que dichos conceptos no deben ser objeto de retorno, por cuanto están establecidos para ambos regímenes pensionales, se causan en las fechas de afiliación de cada trabajador o trabajadora a uno u otro fondo, y el seguro previsional protegió a la afiliada contra los riesgos de invalidez y muerte, absteniéndose de imponer condena en tal sentido. Declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas a las accionadas.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión, COLPENSIONES la apeló. Al respecto, refirió que con la declaratoria de ineficacia se está vulnerando la prohibición legal establecida en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, que regula que ninguna persona se puede trasladar de régimen pensional, cuando se encuentre a menos de diez años de la edad de pensión, situación en la cual se encuentra inmersa la actora; además su permanencia en el régimen de ahorro individual con solidaridad por más de veinte años, saneó cualquier vicio que pudiese presentar el actor jurídico, con el cual ratificó el querer de permanecer en el régimen en el cual se encuentra en el actualidad, traslado que cumplió con los requisitos dispuestos para la época del traslado.

Señaló que el motivo de la actora para trasladarse en la actualidad tiene un fundamento económico, lo cual no es óbice para acceder a la ineficacia que se reclama, situación que afecta la estabilidad financiera de esa entidad. En cuanto a las costas, dijo que los dineros que maneja son exclusivos para el pago de mesadas pensionales, además es un tercero de buena fe que no tuvo injerencia en el traslado por lo que no debe emitirse condena en tal sentido en su contra. Igualmente, solicita se revoque la absolución frente al pago de gastos de administración y los seguros previsionales, pues con la ineficacia se debe entender que el fondo privado nunca debió manejar esos dineros.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

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

271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

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

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

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el*

momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido".

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *"ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial […] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto",* criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

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

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

> *"Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que*

está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento".

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, o si se trasladó de manera horizontal, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido, contrario a lo aducido por las impugnantes en su alzada.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que efectuó la actora el 13 de marzo de 2000, con PROTECCIÓN S.A., efectiva a partir del 1º de mayo de esa misma anualidad como se aprecia de la certificación del SIAFP (Folios 130 y 135 archivo 01), formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *"Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado".*

Por otra parte, la actora en la declaración de parte que depuso señaló que, en mayo del año 2000 su empleador los convocó a través de la Oficina de Recursos Humanos a una reunión con PROTECCIÓN para trasladarse del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES a ese fondo, bajo el argumento que en esa administradora recibiría mejores rendimientos y que además tendrían más seguridad y estabilidad, ya que en ese momento el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES iba a desaparecer sin suministrar más información.

De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna sobre el pleno suministro de una debida información; luego, al ser el formulario de afiliación la única prueba que advierta una información de PROTECCIÓN S.A. al momento del traslado de la demandante según lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, luce evidente la carencia probatoria de esa encartada para soportar la inversión de la carga de la prueba que le asiste, lo cual por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En otro giro, respecto a una posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera al declararse la ineficacia del traslado, al cual hace alusión COLPENSIONES con su apelación, debe memorarse que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha señalado sobre el particular:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiara, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los

cuales asumen las cargas del accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se han efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

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

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

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

> *"Por último, en cuanto a las costas, basta remitirse al artículo 392 del CPC, hoy 365 del CGP, norma a la que se acude por remisión expresa del artículo 145 del CPTSS, para rectificar que tal condena procede frente a la parte vencida en el litigio o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación. súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.*
>
> *"En tal virtud, como en primera instancia la vencida en juicio fue la accionada, en cuanto prosperó la pretensión subsidiaria de pagar la*

devolución de saldos y a ella se opuso dicha entidad al contestar el libelo inicial, la decisión del Juzgado de condenarla en costas se ajusta a derecho; máxime que se trata de un imperativo legal o causa objetiva, lo que implica que se impone tal condena a la parte vencida, sin que sea necesario entrar a analizar el actuar el perjudicado o la razón".

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

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

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

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

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR los numerales primero y tercero de la sentencia proferida el 21 de septiembre de 2022 por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, a fin de disponer:

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

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

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

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **20 2020 00299 01**
Demandante:	GINA DEL PILAR TELLEZ SEGURA
Demandados:	COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada COLPENSIONES en contra de la sentencia proferida el 19 de septiembre de 2022 por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora GINA DEL PILAR TELLEZ SEGURA promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., con la finalidad que se declare la ineficacia del traslado que realizó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PORVENIR S.A., al no haber cumplido con su deber de buen consejo, que los fondos privados convocados a juicio no le informaron sobre las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales y que debe estar afiliada en el régimen de prima media con prestación definida.

Como consecuencia de tales declaraciones, pretende se condene a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES los aportes realizados en el régimen de ahorro individual, y a su vez, se condene a COLPENSIONES a recibir tales rubros y la registre como afiliada en el régimen que administra sin solución de continuidad desde el 3 de julio de 1987. Asimismo, solicita se condene a las demandadas a lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra* y *extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus aspiraciones, refirió que se afilió al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES el 3 de julio de 1987, en donde alcanzó un total de 292,57 semanas, administradora en la que se encontraba afiliada al 1º de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Relató que se afilió a PORVENIR S.A. el 31 de enero de 1996, y que posteriormente se trasladó a PROTECCIÓN S.A. Agregó que, el asesor de PORVENIR S.A. no le informó que el valor de su mesada sería inferior a la que recibiría en el ISS hoy COLPENSIONES, como tampoco elaboró una proyección de la misma teniendo en cuenta el valor del bono pensional, además el asesor le dijo que no se iba a poder pensionar ya que el ISS se liquidaría, y que se podía pensionar a cualquier edad sin explicarle las consecuencias de la decisión, el valor de su mesada y lo atinente al bono pensional.

Narró que el asesor de PORVENIR S.A. no le informó sobre las desventajas de trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad, pues solo entregó información sesgada y parcializada con el fin de concretar su traslado. De esa forma, suscribió el formulario de vinculación a ese fondo; además relató que arribó a la edad de 47 años el 14 de agosto de 2010, sin que PROTECCIÓN S.A. le indicara que podría retornar al régimen de prima media con prestación definida.

Precisó que actualmente cuenta con más de 1.548,71 semanas, y que en junio de 2020 solicitó a COLPENSIONES y a PORVENIR S.A. la invalidación de su

afiliación y radicó formulario de traslado de régimen, pedimentos que fueron despachados de forma negativa por esas entidades. (Archivo 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PORVENIR S.A., contestó la demanda con oposición a las pretensiones de la demanda, aduciendo que el traslado que realizó la actora del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PORVENIR S.A. en el año de 1996, fue producto de una decisión libre e informada después de haber sido ampliamente asesorada sobre las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento del RAIS y de indicarle sus condiciones pensionales, tal como se aprecia en el formulario de vinculación No 00078187. Voluntad que reiteró cuando se trasladó a PROTECCIÓN S.A., de allí nuevamente retornó a PORVENIR S.A. y finalmente regresó a PROTECCIÓN S.A.

Como excepciones formuló las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica. (Archivo 07).

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en el libelo introductorio, indicando que dentro del expediente no obra prueba alguna que permita colegir que a la demandante se le hubiese hecho incurrido en error por parte de la AFP, o que se está en presencia de algún vicio del consentimiento, tampoco se evidencia inconformidad por parte de la actora, frente al traslado de régimen y que el mismo se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, además no cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010.

Propuso las excepciones de mérito de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de la causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia del pago de costas en Instituciones Administradoras de Seguridad Social del orden público y la innominada o genérica. (Archivo 10).

Por su parte, la demandada PROTECCIÓN S.A. se opuso a todas pretensiones del *petitum*, argumentado que se está frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, observándose del formulario de vinculación que suscribió la promotora, que dicho acto se realizó en forma libre y espontánea, acto que tiene la naturaleza de un verdadero contrato, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del Fondo como de la afiliada, manifestación de voluntad que estuvo libre de presión y engaños, desvirtuándose cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento, lo que constituye una manifestación inequívoca de trasladarse a ese fondo.

Propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, la innominada o genérica, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declarará la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto. (Archivo 15).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 19 de septiembre de 2022, resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado de régimen pensional de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la señora GINA DEL PILAR TELLEZ SEGURA, el día 31 de enero de 1996 a PORVENIR S.A, y los posteriores traslados horizontales a ING y COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A.*
>
> *SEGUNDO: DECLARAR como aseguradora del demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a COLPENSIONES.*
>
> *TERCERO: ORDENAR a PROTECCCION S.A., devolver los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones obligatorias a pensiones de la afiliada GINA DEL PILAR TELLEZ SEGURA, junto con los rendimientos*

financieros causados, con destino a COLPENSIONES y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor.

CUARTO: CONDENAR en costas a las demandadas COLPENSIONES, PORVENIR y PROTECCION S.A. (…).

QUINTO: ABSOLVER a todas las demandadas de las demás pretensiones de la demanda incoadas en su contra, conforme a lo expuesto. (…)"

Para arribar a dicha conclusión, el operador de instancia estimó que, según la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, cuando no se cumple el presupuesto de la información, lo que procede es la ineficacia del traslado, ello en consonancia con lo establecido en los artículos 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, frente a lo cual la Corte Suprema de Justicia, precisó que es a la AFP PORVENIR S.A. al tenor del artículo 167 del C.G.P., a quien le corresponde probar el haber suministrado a la demandante una debida información respecto de las características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes, situación que no logró probar dentro del plenario, lo cual no se demuestra con las simple suscripción del formulario, por lo que declaró la ineficacia del traslado.

En cuanto a los gastos de administración y el seguro previsional, dijo que al no haberse solicitado no se emite condena al respecto. Declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas a las accionadas.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión, COLPENSIONES la apeló. Al respecto, refirió que con la declaratoria de ineficacia se está vulnerando la prohibición legal establecida en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, que regula que ninguna persona se puede trasladar de régimen pensional, cuando se encuentre a menos de diez años de la edad de pensión, situación en la cual se encuentra inmersa la actora; además, no obra prueba en el expediente de vicios del consentimiento, conforme lo dispuesto en el artículo 1740 Código Civil, sin que se alegara nulidad alguna en el plazo dispuesto por la ley, nulidad que en cualquier evento se encuentra saneada por la ratificación tacita de la actora de permanecer en el RAIS.

Respecto a la carga de la prueba, no se analiza quien es deudor y quien el acreedor en un contrato de afiliación, pues el afiliado debe realizar sus aportes y que solo hasta que se pensiona se invierten la carga de la prueba a cargo del fondo, además existe una indebida y errónea interpretación del artículo 1604 del Código Civil, pues no es posible probar hechos acaecidos en 1996, luego, nadie está obligado a lo imposible, pues la única prueba con la que cuentan los fondos es el formulario de afiliación, existiendo un deber a cargo de la demandante de informarse. Por último, agregó que la ineficacia del traslado afecta la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de

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

Acorde con lo anterior, en este punto cabe precisar que tal como lo concluyó el fallador de instancia el presente asunto debe ser analizado bajo la institución de las ineficacias y no del régimen de las nulidades, tal como lo indicó la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, entre otras, en sentencia SL1859-2022, con Radicación No. 90488 de 16 de mayo de 2022, en la que expuso; *"El examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, según las sentencias CSJ SL1688-2019; CSJ SL1689-2019; CSJ SL3464-2019 y CSJ SL1465-2021, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas de retornar las situaciones a su estado inicial, conforme lo indica el artículo 1746 del CC, como también se orientó en los fallos CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1421-2019, el primero reiterado en los CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019"*. Dicho esto, es diáfano que la Sala no ahondara en los argumentos expuestos por COLPENSIONES en su apelación, respecto a las particularidades de las nulidades.

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

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

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

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido".*

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *"ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial […] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y*

consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto", criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

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

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

> *"Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento".*

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que suscribió la actora el 31 de enero de 1996, con PORVENIR S.A., efectiva a partir del 1º de septiembre de esa misma anualidad como se aprecia de la certificación del SIAFP, en el cual igualmente se observan los traslados horizontales que realizó posteriormente a ING, PORVENIR S.A. y nuevamente a ING hoy PROTECCIÓN S.A. (Folios 83 a 84 y 85 archivo 07 y Folio 49 archivo 15), lo cierto es, que dicho formulario si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *"Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado".*

Por otra parte, la actora en la declaración de parte que depuso señaló que estando al servicio del CONCASA fue convocada a una reunión con los asesores de PORVENIR S.A., los cuales le dijeron que el ISS se acabaría, por tanto, no se podría pensionar y que en ese fondo accedería a una mejor pensión de manera anticipada; precisó que no diligenció el formulario de afiliación, misma situación que persistió con los demás traslados horizontales que efectuó.

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

Ahora bien, tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en

cuenta *"la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:*

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

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado a la actora para el año 1996, una *"Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*".

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

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

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

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

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

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los

gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros y las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión.

En otro giro, respecto a una posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera al declararse la ineficacia del traslado, al cual hace alusión COLPENSIONES con su apelación, debe memorarse que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha señalado sobre el particular:

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

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

> *"Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que PORVENIR S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a COLPENSIONES, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.*
>
> *"Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.*
>
> *"En esa línea, esta Sala de casación ha insistido en el traslado de los gastos de administración como efecto de la ineficacia, así se señaló en la sentencia CSJ SL 2877-2020:*
>
> *"[…] el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.*
>
> *"Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las*

circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.

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

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

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

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

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

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

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

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

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR los numerales primero y tercero de la sentencia proferida el 19 de septiembre de 2022 por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, a fin de disponer:

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

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

De la misma forma, deberá proceder la demandada PROTECCIÓN antes ING y PORVENIR S.A., frente a la devolución a COLPENSIONES de los gastos de administración de los aportes efectuados por la demandante mientras estuvo afiliada a esas administradoras.

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

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral:	1100131050 **21 2017 00525 01**
Demandante:	ALEIDA RANGEL GIL, PEDRO AMARIS GIL, ETILVIA AMARIS RANGEL, CINDY PATRICIA AMARIS RANGEL, MARLEDYS AMARIS RANGEL y PEDRO JOSE AMARIS RANGEL.
Demandados:	PEDRO GÓMEZ & CIA S.A., CENTRO COMERCIAL UNICENTRO DE GIRARDOT, EDIFICADORA GOMEZ S.A. -EGSA S.A- EN LIQUIDACIÓN, CONSTRUCTORA M & S S.A.S., POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., MAURICIO NIETO, SANDRA ISABEL SALDARRIAGA DUEÑAS y MORIZ ALEJANDRO MUNEVAR BALLEN.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 4 de agosto de 2022 por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA:

Los señores ALEIDA RANGEL GIL, PEDRO AMARIS GIL, ETILVIA AMARIS RANGEL, CINDY PATRICIA AMARIS RANGEL, MARLEDYS AMARIS RANGEL y PEDRO JOSE AMARIS RANGEL, promovieron demanda ordinaria laboral en contra de PEDRO GÓMEZ & CIA S.A., CENTRO COMERCIAL UNICENTRO DE GIRARDOT, EDIFICADORA GOMEZ S.A. -EGSA S.A- EN LIQUIDACIÓN, CONSTRUCTORA M & S S.A.S., POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., MAURICIO

NIETO, SANDRA ISABEL SALDARRIAGA DUEÑAS y MORIZ ALEJANDRO MUNEVAR BALLEN, con la finalidad que se declare que entre KEVIN JAVIER AMARIS RANGEL y MAURICIO NIETO, SANDRA ISABEL SALDARRIAGA DUEÑAS, MORIZ ALEJANDRO MUNEVAR BALLEN y la CONSTRUCTORA M & S S.A.S., deprecando se declare que existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 26 de junio de 2014 hasta el 20 de septiembre de 2014, el cual finalizó por la muerte del trabajador.

Igualmente, solicitan se declare que todos los demandados, excepto POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., incurrieron en culpa grave al no adoptar las medidas necesarias de protección al trabajador dentro de la obra del CENTRO COMERCIAL UNICENTRO GIRARDOT, al no suministrar las herramientas necesarias y las prendas de protección adecuadas para ejercer su labor; a su vez, se declare que las personas naturales convocadas a juicio y la sociedad CONSTRUCTORA M & S S.A.S., son responsables por culpa patronal por los perjuicios patrimoniales y extra patrimoniales ocasionados a los demandantes con ocasión del deceso del trabajador KEVIN JAVIER AMARIS RANGEL; que las demandadas PEDRO GÓMEZ & CIA S.A., CENTRO COMERCIAL UNICENTRO GIRARDOT y EDIFICADORA GOMEZ S.A. -EGSA S.A- EN LIQUIDACIÓN, son solidariamente responsables por los perjuicios patrimoniales y extra patrimoniales ocasionados a los demandantes como beneficiarios de la obra o labor en los términos del artículo 34 del C.S.T.

Como consecuencia de tales declaraciones, se condene solidariamente a PEDRO GÓMEZ & CIA S.A., CENTRO COMERCIAL UNICENTRO GIRARDOT, EDIFICADORA GOMEZ S.A. -EGSA S.A- EN LIQUIDACIÓN, CONSTRUCTORA M & S S.A.S., MAURICIO NIETO, SANDRA ISABEL SALDARRIAGA DUEÑAS Y MORIZ ALEJANDRO MUNEVAR BALLEN al pago de la indemnización plena de perjuicios consagrada en el artículo 216 del C.S.T. a favor de los padres del causante, señores ALEIDA RANGEL GIL y PEDRO AMARIS GIL; y se condene solidariamente a todos los demandados a pagar a los padres del trabajador la pensión de sobrevivientes, conforme lo dispuesto en la Ley 776 de 2002.

Asimismo, se condene a todo el extremo pasivo a pagar a los padres del trabajador fallecido, el auxilio de cesantías, los intereses a las cesantías, la prima de servicios, el auxilio de transporte y la indemnización moratoria en calidad de

herederos del causante. Se condene solidariamente a todos los demandados, excepto a la seguradora accionada a pagar a los promotores de la litis los perjuicios morales generados con ocasión del perjuicio moral sufrido por el fallecimiento de KEVIN JAVIER AMARIS RANGEL, junto con los intereses moratorios y las costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus aspiraciones, adujeron que a mediados de 2012 se inició en la ciudad de Girardot la construcción del CENTRO COMERCIAL UNICENTRO DE GIRARDOT; en consecuencia, a fin de llevar a cabo dicho proyecto, el 20 de noviembre de 2012 la sociedad PEDRO GÓMEZ & CIA S.A., celebró contrato de fiducia mercantil No. 2133708 con la FIDUCIARIA BOGOTÁ, calenda a partir de la cual la citada empresa la cual es especializada en la construcción y comercialización de proyectos inmobiliarios, participó activamente como constructor, comercializador y gerente del aludido proyecto.

Narraron, que con ocasión del citado contrato de fiducia, el demandado PEDRO GÓMEZ & CIA S.A., subcontrató la construcción del centro comercial con las accionadas EDIFICADORA GOMEZ S.A. - EGSA S.A. EN LIQUIDACIÓN y CONSTRUCTORA M & S S.A.S., de esa forma y a fin de desarrollar una parte del objeto de la obra, el 12 de mayo de 2014 los demandados SANDRA ISABEL SALDARRIAGA DUEÑAS y MORIZ ALEJANDRO MUNEVAR BALLEN obrando en nombre propio y como representantes legales de la demandada CONSTRUCTORA M & S S.A.S., celebraron un contrato de obra civil con el maestro de construcción MAURICIO NIETO, cuyo objeto consistía en desarrollar la ejecución integral de las obras de suministro e instalación de muros secos y cielos rasos del proyecto Unicentro Girardot.

Acorde con lo anterior, MAURICIO NIETO celebró en la ciudad de Bogotá en junio 2014, un contrato verbal de obra con KEVIN JAVIER AMARIS RANGEL y otras cinco personas, para desarrollar entre otras las labores, las de masillaje, lijado y pulido en la instalación de muros secos y cielo rasos del CENTRO COMERCIAL UNICENTRO DE GIRARDOT; los cuales se desplazaron por orden de MAURICIO NIETO hacia Girardot, para ejecutar tales labores en el lugar de la obra, ingresando a prestar sus servicios al centro comercial el 26 de junio de 2014,

cumpliendo un horario de lunes a viernes de 7:00 a.m. a 5:00 p.m., sábados de 7:00 a.m. a 12:00 m. y los días festivos de manera esporádicos en ese mismo horario.

Agregaron, que el trabajador KEVIN JAVIER AMARIS RANGEL fue afiliado por los accionados SANDRA ISABEL SALDARRIAGA DUEÑAS y MORIZ ALEJANDRO MUNEVAR BALLEN, obrando en nombre propio y como representantes legales de la sociedad CONSTRUCTORA M & S S.A.S., a la administradora de riesgos profesionales POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., con un salario de $616.000 mensuales, según extrae de la información suministrada por Compensar, miplanilla.com.

Expusieron que el 20 de septiembre de 2014, KEVIN JAVIER AMARIS RANGEL ingresó a ejecutar las labores para las que había sido contratado dentro de la obra del CENTRO COMERCIAL UNICENTRO GIRARDOT, por lo que hacia las 3:40 p.m., recibió la orden de ascender hacia la parte alta de los andamios con el fin de recoger y desconectar una parte de las herramientas eléctricas que habían dejado otros trabajadores después de la jornada laboral; empero, al llegar a la quinta o última sección de la parte alta de los andamios, en ejecución de dicha labor recibió una descarga eléctrica sobre su cuerpo quedando golpeado y perdiendo el equilibrio, quedando suspendido en el aire y soportando todo su cuerpo sobre sus brazos y sujeto a los tubos del andamio descolgado, cayendo en segundos al vacio.

Una vez en el piso, algunos compañeros lo socorrieron y le prestaron los primeros auxilios, siendo remitido de urgencias a la CLÍNICA SAN SEBASTIÁN de la ciudad de Girardot, donde permaneció varios días en la Unidad de Cuidados Intensivos, donde falleció el 30 de septiembre de 2014, dado que había caído aproximadamente doce metros, lo que le ocasionó que sus lesiones fueran mortales.

Sostuvieron que dicho accidente era culpa de los empleadores ante la falta de adopción de medidas técnicas de seguridad, ya que no existía un adecuado acondicionamiento de las instalaciones eléctricas para ese momento en la obra, falencias que derivaron de una posible falta de mantenimiento en los cables de conducción eléctrica para los equipos de la obra, de la inadecuada desconexión de los cables eléctricos lo que en su momento pudo ocasionar el inoportuno paso

directo del fluido eléctrico en las herramientas conectadas, ocasionando la electrocución del trabajador KEVIN JAVIER AMARIS, lo que puso en riesgo su integridad al ser sorprendido con una sobrecarga de electricidad sobre su humanidad, en desarrollo de una labor incluso ajena a las labores de construcción para las que había sido contratado.

Añadieron que el 1º de octubre de 2014, el demandado MAURICIO NIETO contribuyó económicamente a su familia con una parte de las exequias, según factura No. 4197 y que el 24 de octubre de 2015 la accionada SANDRA ISABEL SALDARRIAGA DUEÑAS formuló reclamación a POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., por el siniestro la que fue radicada con No. VP-RE-ICAM-01, emitiendo respuesta negativa la entidad el 10 de diciembre de 2015, aduciendo que de la documental aportada se demuestra que existió un contrato de obra entre la empresa CONSTRUCTORA M & S S.A.S. y el señor MAURICIO NIETO, donde este último asumió con el trabajador KEVIN JAVIER AMARIS RANGEL el 100% de la seguridad social, dotación y exámenes.

Asimismo, señalaron que POSITIVA S.A. manifestó que conforme a la jurisprudencia había determinado que el accidente corresponde a un evento sin cobertura, pues el occiso se encontraba realizando actividades a favor de un tercero diferente al que lo afilió, luego, la demandada SANDRA ISABEL SALDARRIAGA DUEÑAS, no era la empleadora de KEVIN JAVIER AMARIS RANGEL, ya que lo que se demostró era que trabajaba para el MAURICIO NIETO y que estaba realizando actividades a favor de un tercero, esto es, el CENTRO COMERCIAL UNICENTRO DE GIRARDOT, razón por la cual no reconoció ninguna indemnización.

Por último, se dijo que los demandantes PEDRO AMARIS GIL y ALEIDA RANGEL GIL, igualmente formularon reclamación por la muerte de su hijo a POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., la que fue desatada de manera negativa el 30 de marzo de 2016 por la aseguradora, reafirmando lo ya expuesto a la enjuiciada SANDRA ISABEL SALDARRIAGA DUEÑAS. (Fls. 23 a 48 y 272 a 301 archivo 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

El CENTRO COMERCIAL UNICENTRO DE GIRARDOT, se opuso a las pretensiones del líbelo introductorio, aduciendo que no sostuvo ninguna relación laboral con

KEVIN JAVIER AMARIS RANGEL y además no tuvo injerencia en los procesos de construcción o planeación del centro comercial, como tampoco era su responsabilidad entregar elementos de protección o controlar actividades en la obra civil, al no ostentar la condición de patrono. De otro lado, expuso que no se cumplen los presupuestos del artículo 34 del C.S.T., toda vez que la copropiedad no adelantó ninguna actividad de contratación de obra, como que tampoco cumple el requisito de responsabilidad solidaria debido a que no comparte con los contratistas de construcción el mismo objeto empresarial, ya que la copropiedad es una entidad de administración de propiedad horizontal creada por mandato de la ley, constituida por las unidades inmobiliarias de cada local del centro comercial, los cuales se dedican a comercializar otros bienes y servicios diferentes a la construcción, copropiedad que a la fecha del siniestro no existía jurídicamente.

Como excepciones propuso las de inexistencia de la relación laboral, falta de legitimación en la causa por activa y por pasiva y culpa probada de la víctima. (Fls. 583 a 595 archivo 01).

POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., contestó la demanda con oposición a las pretensiones, indicando que no existió contrato de trabajo entre todas las personas que se señalan como empleadoras y el trabajador, por ende, el vínculo contractual que se reclama no pudo terminar con ocasión de la muerte del trabajador, en consecuencia, no hay lugar al pago de las acreencias que se reclaman en el petitum.

Como excepción previa propuso la de falta de citación de otras personas que la ley dispone citar. A su vez, formuló las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, enriquecimiento sin causa, prescripción y la genérica o innominada. (Fls. 532 a 549 archivo 01).

Por su parte, los demandados SANDRA ISABEL SALDARRIAGA DUEÑAS, MORIZ ALEJANDRO MUNEVAR BALLEN y CONSTRUCTORA M & S S.A.S., a través de curadora *ad litem* dieron contestación al escrito genitor, señalando que no existió contrato de trabajo con KEVIN JAVIER AMARIS RANGEL, ya que dicha relación no nació a la vida jurídica, por tal motivo no terminó con el fallecimiento del trabajador; además el causante al momento de los hechos, contaba con la

dotación necesaria para desarrollar sus labores, por lo que no existió culpa por parte de la constructora y ni de sus representantes.

Mencionó como excepciones las de inexistencia de la obligación, prescripción y buena fe. (Fls. 669 a 682 archivo 01).

Entre tanto, la demandada PEDRO GÓMEZ Y CIA S.A.S. no le consta el acaecimiento de muchos de los elementos presentados en el acápite de hechos y mucho menos los términos y las condiciones en que eventualmente ocurrieron, además no sostuvo relación laboral alguna con el señor con KEVIN JAVIER AMARIS RANGEL, en consecuencia, no es sujeto de obligaciones ni responsabilidades derivadas directa o indirectamente de aquella relación.

Formulo como excepciones de mérito, las de inexistencia de relación laboral entre la demandada PEDRO GOMEZ Y CIA S.A.S. y KEVIN JAVIER AMARIS RANGEL, inexistencia de relación contractual entre la demandada PEDRO GOMEZ Y CIA S.A.S. y los demandados MAURICIO NIETO, SANDRA ISABEL SALDARRIAGA DUEÑAS, MORIS ALEJANDRO MUNEVAR BALLEN, CONSTRUCTORA M Y S S.A.S. y POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS, falta de legitimación en la causa por pasiva y culpa exclusiva de la víctima. (Fls. 993 a 1005 archivo 01).

Respecto, a los demandados EDIFICADORA GOMEZ S.A. -EGSA S.A- EN LIQUIDACIÓN y a MAURICIO NIETO, mediante auto adiado el 21 de mayo de 2019, se les tuvo por no contestada la demandada. (Fl. 654 a 655 archivo 01).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 4 de agosto de 2022, declaró que entre KEVIN JAVIER AMARIS RANGEL en su condición de trabajador y MAURICIO NIETO como empleador, existió un contrato de trabajo desde el 26 de junio hasta el 30 de septiembre de 2014, el cual terminó por la muerte del trabajador; igualmente, condenó al referido demandado a pagar a favor de ALEIDA RANGEL GIL y PEDRO AMARIS GIL padres del trabajador fallecido, por concepto de cesantías $181.555, por intereses sobre las cesantías $5.749, por prima de servicios $181.555, auxilio de transporte $228.000, junto

con la indexación de las sumas adeudadas desde su causación hasta la fecha efectiva del pago.

De otro lado, declaró la existencia de culpa suficientemente comprobada del empleador MAURICIO NIETO en la ocurrencia del accidente de trabajo ocurrido el 20 de septiembre de 2014 que le ocasionó la muerte al señor KEVIN JAVIER AMARIS RANGEL; en consecuencia, condenó a dicho demandado a pagar a los demandantes ALEIDA RANGEL GIL y PEDRO AMARIS GIL los perjuicios materiales por lucro cesante consolidado y futuro con ocasión del fallecimiento del trabajador, en suma de $124.402.929,93 a favor de ALEIDA RANGEL GIL y por $108.391.455,80 a favor de PEDRO AMARIS GIL.

Igualmente, condenó al demandado MAURICIO NIETO a pagar a cada uno de los demandantes por concepto de perjuicios morales la suma de 40 SMLMV a favor de ALEIDA RANGEL GIL y 40 SMLMV a favor de PEDRO AMARIS GIL; y 8 SMLMV a cada uno de los demás accionantes, es decir, a favor de ETILVIA AMARIAS GIL, CINDY PATRICIA AMARIS RANGEL, MARLEDYS AMARIS RANGEL y PEDRO JOSÉ AMARIS RANGEL. A su vez, condenó a las sociedades PEDRO GÓMEZ Y CIA S.A. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL y CONSTRUCTORA M&S S.A.S. EN LIQUIDACIÓN a pagar como solidariamente responsables, las condenas impuestas a MAURICIO NIETO.

Declaró no probadas las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva y culpa exclusiva de la víctima formulada por PEDRO GOMEZ Y CIA S.A.S.; las de prescripción e inexistencia de la obligación propuesta por CONSTRUCTORA M&S S.A.S. De otro lado, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido formulada por POSITVIA S.A. y las de falta de legitimación por activa y pasiva formulada por el CENTRO COMERCIAL UNICENTRO GIRARDOT PH.

Finalmente, absolvió al CENTRO COMERCIAL UNICENTRO DE GIRARDOT, EDIFICADORA GÓMEZ S.A.- EGSA S.A. EN LIQUIDACIÓN, POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., SANDRA ISABEL SALDARRIAGA DUEÑAS y MORIZ ALEJANDRO MUNEVAR BALLÉN de las pretensiones incoadas en su contra; y condenó en costas a las demandadas MAURICIO NIETO, CONSTRUCTORA M&S y PEDRO GÓMEZ Y CIA S.A.S.

Para arribar a esa conclusión, la juez de instancia expuso que uno de los problemas jurídicos a resolver, consistía en determinar quién era el verdadero empleador del trabajador KEVIN JAVIER AMARIS RANGEL, en esa medida, mencionó los artículos 23 y 24 del C.S.T., además, refirió que dio por cierto el hecho 5.2.2. de la demanda y su subsanación, ante la inasistencia del demandado MAURICIO NIETO a rendir el interrogatorio de parte, hecho que señala que el trabajador se desplazó el 25 de junio de 2014 a la ciudad de Girardot por orden de MAURICIO NIETO para ejecutar labores en el CENTRO COMERCIAL UNICENTRO de esa ciudad; igualmente, indicó que a folio 246 obra declaración vertida por dicho accionado en el marco de la investigación que se adelantó con ocasión del accidente ocurrido a KEVIN JAVIER, en la que aceptó que lo contrató como trabajador a razón del contrato que pactó con la CONSTRUCTORA M&S de SANDRA ISABEL SALDARRIAGA DUEÑAS y que dicha sociedad les prestaba el servicio de afiliación a seguridad social y él le pagaba el salario, siendo descontado del contrato con esa sociedad lo correspondiente a la seguridad social de los trabajadores.

Destacó que, del reporte de aptitud ocupacional se indicaba que el trabajador fallecido laboraba para CONSTRUCTORA M&S, sin embargo, según la certificación de afiliación de la ARL POSITIVA quien aparecía como empleador era SANDRA ISABEL SALDARRIAGA DUEÑAS, quien cotizaba a favor del aludido trabajador sobre un salario mínimo, permaneciendo afiliado del 27 de junio al 30 de septiembre de 2014, lo que igualmente se colige de las planillas de pagos a seguridad social.

También encontró reporte rendido por DIANA CAROLINA VARGAS, quien dijo que el trabajador laboró para el contratista de MAURICIO NIETO, desde el 22 de junio de 2014 siendo su lugar de trabajo la cubierta sexta de rotonda 1 y su labor era suministrar material y ayudar a sus compañeros, por eso no tenía lugar fijo de labores en la obra; igualmente recibió capacitaciones en consumo de sustancias psicoactivas y trabajo en alturas y le fue entregada dotación, empero, no se podía colegir de cuales elementos se trataba. Refirió que al examinar en conjunto todos los medios de prueba, incluidos las testimoniales, pudo colegir que el real empleador de KEVIN JAVIER AMARIS RANGEL fue MAURICIO NIETO,

por lo declaró la existencia de un contrato de trabajo entre estos, del 26 de junio al 30 de septiembre de 2014.

Al analizar, lo atinente a la solidaridad que se reclama en el *petitum*, hizo mención a lo establecido en el artículo 34 del C.S.T., y trajo a colación la sentencia emitida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia con Radicado No. 40135, indicando que si el empresario ha podido realizar la actividad directamente utilizando sus propios trabajadores, pero decide hacerlo contratando a un tercero para que este adelante la actividad empleado trabajadores dependientes por el contratado, quiere decir que el beneficiario o dueño de la obra debe hacerse responsable de los salarios, prestaciones e indemnizaciones a que tienen derecho estos trabajadores por vía de la solidaridad laboral, pues en ultimas resulta beneficiándose del trabajo desarrollado por personas que prestaron sus servicios en una labor que no es extraña a la constituida en sus actividades empresariales. Igualmente, dijo que la labor desarrollada por el trabajador debe tenerse en cuenta, y que no se trate de una actividad extraña al giro de sus actividades, pues se ha beneficiado de un trabajo subordinado que no es ajeno a su actividad económica principal. Dicho, esto, indicó que en el presente asunto encajaba dicha descripción, ya que si bien el trabajador recibía ordenes de MAURICIO NIETO para llevar a cabo su labor, también lo era, que las labores desarrolladas eran afines al objeto social desarrollado por la demandada CONSTRUCTORA M & S S.A.S., pues se trataba de labores de construcción, siendo procedente condenar de manera solidaria a dicha encartada por las posibles condenas que se impusieran al empleador MAURICIO NIETO.

Frente a la demandada PEDRO GÓMEZ Y CIA S.A.S., dijo que esa sociedad constituyó Fideicomiso para la construcción del referido centro comercial, además, suscribió Contrato de Obra por Precio Global Fijo del Proyecto Centro Comercial Unicentro Girardot con la accionada EDIFICADORA GÓMEZ S.A. y también suscribió Contrató por Precio Global Fijo para el Suministro e Instalación de Muros Secos y Cielo Raso para el Proyecto Unicentro Girardot con la demandada CONSTRUCTORA M & S S.A.S., y a su vez esta contrató por medio de Contrato de Obra civil, los servicios de MAURICIO NIETO para llevar a cabo la labor de instalación de cielos rasos, de la que fue beneficiaria PEDRO GÓMEZ Y CIA S.A.S., obra en la que prestó servicios el trabajador fallecido, por ende, debe

responder también solidariamente en caso de imponerse condena al demandado MAURICIO NIETO.

Agregó, que respecto a los demandados EDIFICADORA GOMEZ S.A. EN LIQUIDACIÓN, y las personas naturales SANDRA ISABEL SALDARRIAGA DUEÑAS y MORIZ ALEJANDRO MUNEVAR BALLÉN, no se constituyen los presupuestos para declarar la responsabilidad solidaria, ya que no existe relación lineal entre los servicios contratados por la citada sociedad, respecto a los contratistas del causante y sobre las personas naturales señaló que el hecho de ser los representantes legales de la sociedad CONSTRUCTORA M & S S.A.S., la que sí responde solidariamente, sin que se advierte algún tipo de vinculación entre el contratista directo con estos que justifique su responsabilidad solidaria y tampoco como socios de la empresa, ya que según el artículo 36 del C.S.T, refiere que solo son responsables las sociedades de personas y sus miembros y estos entre sí y solo hasta el límite de su responsabilidad, lo que no es caso de marras.

En cuanto al CENTRO COMERCIAL UNICENTRO GIRARDOT, señaló que, según la certificación expedida por el municipio de Girardot del 23 de febrero de 2016, se encuentra que le fue reconocida existencias y representación legal, es decir, con posterioridad a los hechos, luego no podría emitirse condena ante su inexistencia como persona jurídica para la fecha de contratación del causante y la fecha del accidente del causante el 20 de septiembre de 2014.

Seguidamente, al analizar lo concerniente al pago de las prestaciones sociales que se reclaman en la demanda, expuso no obra pago de las mismas dentro del trámite procesal, adicionalmente las normas laborales no establecen a quien se debe pagar con posterioridad tales rubros cuando acaece la muerte del trabajador, por lo que conforme a las reglas establecidas en el C.C., según el grado hereditario, advirtiendo que a falta de hijos, cónyuge, están los padres los cuales se hicieron parte en el presente trámite, ordenando el pago de las prestaciones sociales a favor de estos, las que serán tasadas sobre el salario mínimo mensual legal vigente, ya que no obra prueba que acredite el salario devengado, liquidando cesantías, intereses sobre las cesantías, primas de servicios causadas en vigencia de la relación laboral, en las sumas que indicó.

Sobre el pago de la indemnización moratoria, dijo que no encontró que se hubiese causado una mora en el pago de prestaciones sociales de parte del empleador al trabajador, más aun si se tiene en cuenta que el reconocimiento de esas sumas se hacen en virtud del fallecimiento del trabajador y además no se evidencia un actuar de mala fe a cargo del empleador ya que no existe norma que consagre a quien se debe hacer tal pago cuando fallece el trabajador, como lo expuso previamente y los padres del causante tuvieron conocimiento de la terminación de la relación laboral como consecuencia del deceso del trabajador y además recibieron una suma de dinero de parte del empleador MAURICIO NIETO a efectos de cubrir las exequias del trabajador. Sin embargo, condenó al pago de la indexación de las anteriores sumas y del auxilio de transporte.

Frente a la culpa patronal, hizo mención al artículo 216 del C.S.T. y al artículo 167 el C.G.P., señalando que quien la alega la ocurrencia de la misma debe probarla, además la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL7056 de 2016 del 18 de mayo de 2016 con Radicación No. 47196, dijo que al trabajador le atañe probar las circunstancias de hecho que dan cuenta de la culpa del empleador en la ocurrencia del infortunio, pero, por excepción, con arreglo a lo previsto en los arts. 177 C.P.C. hoy 167 CGP y 1604 C.C., cuando se denuncia el incumplimiento de las obligaciones de cuidado y protección se invierte la carga de la prueba y es el empleador el que asume la obligación de demostrar que actuó con diligencia y precaución, a la hora de resguardar la salud y la integridad de sus servidores, debiendo indemnizar los perjuicios que cause, posición que ha sido reiterada por esa Corporación.

De esa forma, encontró que SANDRA SALDARRIAGA reportó a la ARL la ocurrencia del accidente de KEVIN JAVIER AMARIS RANGEL el 20 de septiembre de 2014, en donde se describió tal suceso, la investigación del accidente en donde se dijo que el trabajador tenía puestos los elementos de protección personal, pero el burbujeo no lo tenía utilizado correctamente y que utilizó el arnés con eslinga, pero al subir el andamio no lo tenía anclado, de donde cayó aproximadamente 12 metros.

De otro lado, adujo que de acuerdo con las versiones de los testigos y a las demás pruebas recaudadas, coligió que el accidente del trabajador tuvo su génesis en la caída del andamio luego estar sujeto de sus manos por unos segundos y que la

posible causa pudo ser una descarga eléctrica; sin embargo, de los diferentes medios de prueba que obran en expediente sobre el particular, se descarta que esa hubiese sido la causa del accidente que sufrió el trabajador; no obstante, si evidenció la suficiente culpa comprobada del empleador frente al accidente que acaeció, dado el incumplimiento de los deberes de prevención que le corresponden por su conducta omisiva, conforme lo sentando en la sentencia SL5154-2020; ya que es obligación de los empleadores evidenciar y evaluar los posibles riesgos a los cuales está expuesto el trabajador.

En ese orden, adujo que el empleador incumplió con los deberes generales y específicos que le correspondían sin que se evidenciara el acompañamiento permanente de una persona que hubiese estado capacitada para activar el plan de emergencias en el momento en que el trabajador procedió a cumplir con la orden del empleador de recoger las herramientas ubicadas en la parte alta del andamio, todo ello en aras de prevenir la caída de alturas, pues de haber estado anclado o haber tenido la línea de vida, la caída no se hubiera producido, pues era costumbre no asegurar el arnés, lo que produjo que trabajador cayera, dando lugar a la indemnización plena de perjuicios.

Así, frente a los perjuicios materiales a título de daño emergente, el Alto Tribunal ha dicho que se debe probar su causación, de modo que, al no allegarse prueba alguna al respecto, absolvió de tal concepto. Sobre los perjuicios materiales, correspondientes al lucro cesante y consolidado a futuro, refirió que de acuerdo a los parámetros establecido por esa misma Corporación, debe probarse la dependencia ya sea total o parcial, corroborando de los testimonios recaudados que los padres de KEVIN JAVIER AMARIS RANGEL recibían ayuda económica de manera periódica, no siendo así en el caso de los hermanos, condenando al pago de perjuicios materiales por lucro cesante consolidado y futuro a favor de los progenitores del causante, en las sumas que refirió en la sentencia. Igualmente, condenó al pago de perjuicios morales a favor de los demandantes.

En otro giro, en lo atinente a la pensión de sobrevivientes que se reclama, hizo mención al artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, señalando que no se acreditó la dependencia económica de los padres frente al hijo fallecido, pues no se estableció el monto de la ayuda que éste último les proporcionaba, carga de la prueba que desatendieron los demandantes,

absolviendo de las pretensiones elevadas en tal sentido a POSITIVA S.A. y a los demás demandados. Además, declaró no probada la excepción de prescripción y las demás en la forma expuesta en la sentencia, y condenó en costas.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión de la *a-quo* la parte demandante la apeló. Al respecto, adujo que interponía recurso de apelación en contra el numeral 6° de la sentencia de instancia en la cual se declara la falta de legitimación en la causa por pasiva del CENTRO COMERCIAL UNICENTRO DE GIRARDORT, señalando que ese demandado sí debe responder solidariamente por las condenas impuestas; ya que de las pruebas documentales que obran en el plenario se evidencia que hace parte la EDIFICADORA GOMEZ S.A. -EGSA S.A- EN LIQUIDACIÓN y PEDRO GÓMEZ & CIA S.A., y se puede observar que el centro comercial hace parte del conglomerado de PEDRO GÓMEZ Y COMPAÑÍA, por lo que solicita que esta instancia examine todos y cada uno de los elementos que dan cuenta que hace parte de esa conglomerado.

Igualmente, indicó que se deben verificar las normas civiles sobre los efectos de la comprar de sociedades o de transferencia de derechos comerciales, insistiendo en que si bien existe un documento con posterioridad al accidente del trabajador, que da cuenta que se constituyó la sociedad CENTRO COMERCIAL UNICENTRO DE GIRARDORT, que permite colegir quienes son los verdaderos dueños del mismo, y el hecho que se haya formado esa sociedad, no es óbice para que los nuevos propietarios o propietarios de ese centro comercial respondan por las condenas emitidas, pues el nuevo propietario no puede eximirse de la responsabilidad por el cambio de propietario, luego, es procedente la condena solidaria frente a ese demandado.

Respecto a POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS, expuso que también debe responder de manera solidaria, lo cual se concluye de los documentos que fueron aportados al plenario.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin avizorar causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá auscultar si las demandadas CENTRO COMERCIAL UNICENTRO DE GIRARDOT y POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., deben responder de manera solidaria por las condenas impuestas en la sentencia de primer grado.

c. De la Solidaridad del Centro Comercial Unicentro de Girardot y Positiva Compañía de Seguros S.A.:

Sea lo primero precisar que, de acuerdo con los argumentos expuestos por los impugnantes en su alzada, no es objeto de discusión en esta instancia lo referente a la declaratoria de la existencia del contrato de trabajo entre KEVIN JAVIER AMARIS RANGEL y MAURICIO NIETO del 26 de junio al 30 de septiembre de 2014, el cual terminó por la muerte del trabajador; y las condenas que se emitieron a cargo del empleador y a favor de los actores en su condición de padres y hermanos del trabajador fallecido por concepto de prestaciones sociales, auxilio de transporte, e indexación, junto con la declaratoria de la culpa comprobada del empleador demandado en la ocurrencia del accidente de trabajo que le ocasionó la muerte al hijo y hermano de los gestores; y la consecuente condena por perjuicios materiales y morales.

Además, tampoco se controvierte la condena solidaria que se impuso respecto de pago de tales emolumentos a cargo de las accionadas PEDRO GÓMEZ Y CIA S.A. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL y CONSTRUCTORA M&S S.A.S. EN LIQUIDACIÓN de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 34 del C.S.T., y la absolución del extremo pasivo, entre estos, de POSITIVA S.A. frente al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes que se deprecó en el *petitum*.

Sin embargo, la parte actora manifiesta en su descenso que las demandadas CENTRO COMERCIAL UNICENTRO GIRARDOT y de POSITIVA COMPAÑÍA DE

SEGUROS S.A., deben responder solidariamente por las condenas impuestas; refiriendo frente al centro comercial que ello es procedente por hacer parte del conglomerado de PEDRO GÓMEZ Y COMPAÑÍA.

De esta forma, y con el ánimo de desatar la controversia basta indicar frente a la solidaridad, que la misma se encuentra consagrada en el artículo 34 del C.S.T. respecto de la empresa contratante y el contratista, cuando quiera que las actividades desarrolladas por el trabajador no sean ajenas a las desarrolladas con normalidad por la contratante; el artículo 35 del C.S.T frente al simple intermediario y el artículo 36 del C.S.T. respecto a los miembros de una sociedad de personas.

Acorde con lo anterior, imperioso resulta memorar que el artículo 34 del C.S.T., establece que el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, "*a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores"*, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.

Igualmente, señala que el beneficiario del trabajo o dueño de la obra también será solidariamente responsable, en las condiciones fijadas anteriormente de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aún en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas.

En esa medida, el órgano de cierre de esta especialidad ha sostenido en sentencia SL1863-2020, Radicación No. 77721 de 9 de junio de 2020, que para que opere la solidaridad del contratante respecto a su contratista, se deben acreditar dos requisitos: i) ser beneficiario de la obra o del servicio contratado y, ii) que las actividades ejecutadas por el contratista a favor del contratante no se traten de labores extrañas a las actividades normales de esta última, esto es, que sean afines.

La Alta Corporación al referirse al segundo de los presupuestos, es decir, al relacionado con afinidad de las actividades desarrolladas por el contratista a favor del contratante, sostuvo en sentencia SL 7789-2016:

> *"Como lo destaca el recurrente, la disposición legal que concibe la solidaridad entre el contratista independiente y el beneficiario de la obra por el pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones de los trabajadores del primero, exige que las actividades que desplieguen uno y otro tengan el mismo giro ordinario o normal, vale decir tengan correspondencia en su objeto social.*
>
> *No se trata en absoluto de que el verdadero empleador (contratista independiente) cumpla idénticas labores a las que desarrolla quien recibe el beneficio de la obra, pero tampoco que cualquier labor desarrollada por éste pueda generar el pago solidario de las obligaciones laborales. En los términos del artículo 34 del C.S.T. es preciso que las tareas coincidan en el fin o propósito que buscan empresario y contratista; en otras palabras, que sean afines."*
>
> *(…)*
>
> *Se impone traer a colación la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia, en torno a que no basta simplemente, para que opere la solidaridad, que con la actividad desarrollada por el contratista independiente se cubra una necesidad propia del beneficiario, como aquí puede suceder, sino que se requiere que la labor constituya una función normalmente desarrollada por él, directamente vinculada con la ordinaria explotación de su objeto económico." (Subrayado fuera de texto).*

Así pues, si las actividades desplegadas por el contratista son ajenas a las del giro ordinario del contratante, palmario es que no surge la solidaridad que regula el artículo 34 del C.S.T.

En consonancia con lo anterior, cabe mencionar que la responsabilidad solidaria en materia laboral según lo ha dicho el órgano de cierre de esta especialidad, en sentencia SL5694-2018, Radicación No. 51578 de 9 de mayo de 2018, deviene de los siguientes escenarios:

> *"La discusión que se ofrece en esta esfera casacional es respecto a la responsabilidad frente al pago de las obligaciones laborales objeto de condena y si existió o no solidaridad laboral, la que se presenta: a) bien en cumplimiento de la norma laboral que la consagra, o b) si las partes expresamente lo pactan; condiciones que desde ya debe decirse no se cumplen en el presente caso, porque: i) de una parte no obra en el plenario algún compromiso o acuerdo entre las partes demandadas para responder, de ser necesario, por las acreencias laborales de los trabajadores; ii) no se evidencia intermediación laboral; iii) tampoco se trata de sociedades de personas; iv) no se acredita sustitución patronal ni unidad de empresa; v) además no se verificó la existencia de un contrato de trabajo a través de un*

contratista independiente; circunstancias que son las consagradas en la legislación laboral para considerar una eventual solidaridad laboral."

Ahora, en punto de las manifestaciones efectuadas por la parte demandante en su disenso, relacionadas con que deben verificar las normas civiles sobre los efectos en la comprar de sociedades o de transferencia de derechos comerciales, al analizar la responsabilidad solidaria del CENTRO COMERCIAL UNICENTRO GIRARDOR, es menester recordar lo expuesto por el órgano de cierre de esta especialidad, en sentencia SL1576-2018, Radicación No.59380 de 9 de mayo de 2018, en la que al referirse sobre los aspectos fuera del debate, expuso lo siguiente:

"Debe recordar la Corte que los hechos de un proceso son los expresados por las partes en la demanda y su contestación, o en las oportunidades procesales en la que tanto la una como la otra permiten ser modificadas, pero que una vez adquieren su calidad de piezas procesales definitivas, no pueden ser variadas por las partes a su arbitrio, por violentar en uno u otro caso el principio del debido proceso que permea toda actuación judicial."

d. Del Caso en Concreto:

Al descender al *sub-examine*, conviene memorar que en el presente asunto se determinó que el verdadero empleador del trabajador fallecido KEVIN JAVIER AMARIS RANGEL, fue el demandado MAURICIO NIETO y que la responsabilidad solidaria frente a las condenas impuestas procedía conforme lo normado en el artículo 34 del C.S.T., respecto de los demandados PEDRO GÓMEZ Y CIA S.A. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL y CONSTRUCTORA M&S S.A.S. EN LIQUIDACIÓN, sin que se hubiese manifestado inconformidad alguna frente a esos puntuales aspectos.

De otra parte, tampoco se discutió el hecho de que el trabajador recibía órdenes en desarrollo de las funciones para las cuales fue contratado de parte del encartado MAURICIO NIETO, las cuales se relacionaban con la construcción, mismas que a su vez, eran afines al objeto social desarrollado por las sociedades que fueron condenadas de manera solidaria por tratarse de labores de construcción, tal como lo sostuvo la *a-quo*.

Ahora bien, señala la activa en su alzada que se evidenció en el trámite procesal que el CENTRO COMERCIAL UNICENTRO GIRARDOT hace parte del

conglomerado de la sociedad PEDRO GÓMEZ Y CIA S.A.S., siendo así diáfana la responsabilidad solidaria de esa convocada a juicio.

Dicho esto, debe acotar la Sala en inicio que al verificar la demanda, las contestaciones que obran en el expediente y las demás etapas del trámite procesal, entre ellas, la fijación del litigio, no se advierte de dichas piezas procesales que el debate se circunscribiera a una sustitución de empleadores, o a una declaratoria de unidad de empresa en los términos del artículo 194 del C.S.T. modificado por el artículo 32 de la Ley 50 de 1990; es decir, que se deba analizar una asunto diferente a la solidaridad que surge las circunstancias que consagra el artículo 34 del C.S.T., como lo pretenden los apelantes en la alzada al aducir que se deben examinar las normas civiles sobre los efectos en la compra de sociedades o de transferencia de derechos comerciales, lo que conllevaría a la condena solidaria del centro comercial demandado; pues de proceder de esa forma esta Colegiatura, se estarían abordando temas que no fueron puestos en discusión desde el inicio de la contienda que convocó a juicio a las partes, situación que de contera vulneraría derecho al debido proceso de la contraparte.

Adicionalmente, debe recordarse que el Juez Colegiado debe limitar su estudio a los temas planteados en el recurso de apelación y no a aquellos contenidos en escritos anteriores o posteriores, como los alegatos de conclusión, según se dijo en sentencia SL5207-2021, Radicación No. 77421 de 17 de noviembre de 2021, ello, teniendo en cuenta los argumentos que expone la activa en los alegatos de conclusión que allega.

Aclarado lo anterior, y como viene de verse la solidaridad del contratante con el contratista frente al pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones nace no solo de ser beneficiario de la obra o la labor contratada, sino también de que los objetos o actividades que ejecuta el contratista a favor del contratante sean afines a las actividades normales que este último realiza, así las cosas, la juez de instancia concluyó que las actividades desplegadas por el trabajador y su empleador refieren a la labores de construcción, lo que al igual se colige del contrato que reposa a folios 174 a 175 del archivo 01.

En esa medida, no se puede llegar a conclusión diferente a la que arribó la falladora de primer grado, si se tiene en cuenta que el accidente de trabajo que

sufrió KEVIN JAVIER AMARIS RANGEL ocurrió el 20 de septiembre de 2014, el cual desencadenó su deceso el día 30 de ese mismo mes y año; además, según la certificación expedida el 21 de noviembre de 2017 por el Secretario de Gobierno y Desarrollo de Institucional del Municipio de Girardot, se indica que mediante Resolución No. 112 de 20 de noviembre de 2014 expedida por esa dependencia, se reconoció existencia y Representación Legal al CENTRO COMERCIAL UNICENTRO GIRARDOT. (Fl. 596 a 598 archivo 01).

Luego, palmario es que a la fecha de los hechos no existía esa demandada, por ende, menos aún contaba con capacidad jurídica para contraer obligaciones por hechos surgidos con anterioridad a su nacimiento, aunado a que no se probó que esa accionada tuviese como giro ordinario del objeto de sus actividades la construcción, entendiéndose que se trata de una Propiedad Horizontal donde sus integrantes son comerciantes, según lo indica en la contestación a la demanda, sin que la activa probara lo contrario.

Lo precedente, permite señalar que la solidaridad por las condenas emitidas en primera instancia, tampoco procede frente la demandada POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS, pues no se cumplen los presupuestos del pluricitado artículo 34 del C.S.T., más si se tiene en cuenta que el objeto de esa encartada alude a la realización de operaciones de seguros de vida individual y afines, bajo las modalidades y los ramos facultados expresamente; de coaseguros y reaseguros en los mismos ramos facultados; y en aplicación de le ley 100 de 1993, sus decretos reglamentarios y demás normas que los modifiquen o adicionen, el desarrollo de todas aquellas actividades que por ley sean permitidas a este tipo de sociedad, según se lee del certificado de existencia y representación legal de esa entidad. (Fl. 76 a 85 archivo 01). Además, se recuerda que, en esta instancia no fue objeto de reproche la absolución frente a las pretensiones relacionadas con el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.

De la anterior exposición, salta a la vista para esta Colegiatura la falta de coincidencia en las actividades del subcontratista frente al centro comercial y la seguradora demandados en los términos exigidos por el artículo 34 del C.S.T., lo que fuerza a concluir, de acuerdo con los objetos anteriormente descritos que las actividades realizadas por éstos además de ser extrañas a las del empleador y el

trabajador demandado, no se ajusta la solidaridad que se reclama en materia laboral en casos como el que aquí se expuso.

Como corolario de lo expuesto, se confirmará la sentencia de primer grado. **COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandante y a favor de los demandados.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 4 de agosto de 2022 por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de los demandantes y a favor de los demandados, para lo cual se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de un millón de pesos, las que deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **23 2021 00142 01**
Demandante:	LUIS AUGUSTO CAMPOS FLOREZ
Demandados:	COLPENSIONES y SKANDIA S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por COLPENSIONES y SKANDIA S.A., en contra de la sentencia proferida el 23 de agosto de 2022 por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor LUIS AUGUSTO CAMPOS FLOREZ promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y SKANDIA S.A., a fin de declararse la nulidad de la afiliación realizada en Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la referida SKANDIA S.A., por lo que jamás dejó de pertenecer al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.

Por consiguiente, se le ordene a SKANDIA S.A., devuelva con destino a COLPENSIONES la totalidad del capital acumulado en la cuenta de Ahorro

Individual con Solidaridad junto con sus rendimientos, sin descontar comisiones por concepto de manejo de la cuenta.

Asimismo, se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión teniendo en cuenta que es beneficiario del régimen de transición, de ahí que le asiste el derecho prestacional bajo la égida de la Ley 71 de 1988, a partir del cumplimiento de los 60 años de edad.

Igualmente, se le ordene a COLPENSIONES pagar el retroactivo pensional desde el 23 de agosto de 2018, intereses moratorios, más lo que resulte probado de manera *ultra* y *extra petita.*

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que nació el 23 de agosto de 1958, vinculándose al sistema general de pensiones el 14 de marzo de 1989 y en adelante, con distintos empleadores en función de su actividad sacerdotal.

Que con la evolución normativa, se hizo necesario que todos los sacerdotes diocesanos fueran vinculados para efectos de atención en salud, pensión y demás beneficios del sistema de seguridad social, de ahí que la Arquidiócesis de Bogotá por intermedio de su Fundación Caja de Auxilios para el Clero atienda ese tipo de vinculaciones, incluida la del pago de los aportes a pensión con destino al ISS.

Relató que por circunstancias que desconoce, la Secretaría Ejecutiva de la mencionada Caja de Auxilios para el Clero adelantó la vinculación de los sacerdotes al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de SKANDIA S.A., incluido él, a partir del 12 de diciembre de 1995, formulario de afiliación que no leyó al suscribirlo.

De otra parte, sostuvo que al 1º de abril de 1994 contaba con 35 años de edad, por lo que es beneficiario del régimen de transición.

Que al afiliarse incultamente al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de SKANDIA S.A., no recibió por parte de esta AFP la asesoría

que se requería para que de manera informada tomara una decisión libre y consiente, así como que el asesor no le informó acerca de las ventajas y desventajas de cambiarse de régimen, máxime que ni siquiera fue objeto de reunión alguna.

Adujo que tampoco se le informó que el valor de la mesada pensional sería inferior al que podría percibir en COLPENSIONES, que perdería los beneficios del régimen transicional consagrados en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, entre otros aspectos desinformativos.

Por último, expuso que al 29 de julio de 2005 contaba con más de 750 semanas de cotizaciones, por lo que es beneficiario del régimen de transición ya que para el 23 de agosto de 2018 contaba con más de 1477 semanas aportadas, siéndole aplicable a su vez lo dispuesto en la Ley 71 de 1988.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

SKANDIA S.A. contestó la demanda con oposición de las pretensiones formuladas en su contra, bajo el entendido que la afiliación realizada por el demandante ante sus dependencias goza de plena validez ante la Ley, como quiera que se realizó acorde a los parámetros exigidos para la época de su afiliación, por lo que el régimen de traslado no presenta ninguna irregularidad que conlleve a predicar la ineficacia del traslado, pues fue la manifestación de un acto voluntario que estuvo sujeto a un acuerdo de voluntades como así quedó consignado en el respectivo formulario de afiliación.

Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación y genérica.

COLPENSIONES refirió que la afiliación del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, ejerciendo su derecho a la libre escogencia de régimen pensional.

Que si bien desconoce las circunstancias de tiempo, modo y lugar mediante las cuales se llevó acabo la asesoría, si el actor decidió que su mesada pensional estuviera regida por las características propias del Régimen de Ahorro

Individual con Solidaridad, ese aspecto obedeció a la información brindada por parte de los asesores de la AFP que efectuó el traslado, más aun cuando de los fundamentos fácticos y jurídicos como de la documental allegada al plenario, no obra ninguna tendiente a demostrar que se presentó algún vicio en el consentimiento al momento de su afiliación que llegue a invalidar la misma.

Formuló como medios exceptivos los denominados la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en casos de ineficacia de traslado de régimen, inoponibilidad de declarar la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen, inexistencia de intereses moratorios e indexación, responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de COLPENSIONES, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 23 de agosto de 2020, resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA** de la afiliación o traslado del demandante **LUIS AUGUSTO CAMPOS FLOREZ** al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la demandada **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR** a la demandada **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** a devolver o trasladar a **COLPENSIONES**, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante **LUIS AUGUSTO CAMPOS FLOREZ**, junto con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia del traslado de régimen pensional. Adicionalmente, se ordena reconocer de forma indexada los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima.*

TERCERO: DECLARAR *que el demandante* ***LUIS AUGUSTO CAMPOS FLOREZ*** *para efectos pensionales, se encuentra afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, hoy administrado por* ***COLPENSIONES****, por las razones expuestas.*

CUARTO: CONDENAR *a* ***COLPENSIONES****, a* ***RECONOCER Y PAGAR*** *al demandante* ***LUIS AUGUSTO CAMPOS FLOREZ****, la pensión de vejez de conformidad a la Ley 797 de 2003, a partir de la fecha del retiro del Sistema, por trece mesadas pensionales al año, y aplicando como IBL el previsto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, esto es, con el promedio de los diez últimos años o de toda la vida laboral, el que le resulte más favorable.*

QUINTO: ABSOLVER *a* ***COLPENSIONES*** *de las demás pretensiones de la demanda.*

SEXTO: DECLARAR *no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.*

SÉPTIMO: CONDENAR EN COSTAS *a la demandada* ***SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.***

OCTAVO: ORDENAR *se surta el grado jurisdiccional de* ***CONSULTA*** *ante el Superior, en razón a que las pretensiones son adversas a* ***COLPENSIONES****."*

Para arribar a dicha conclusión, el Juez argumenta basado en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que la libertad de escogencia de régimen pensional es un derecho de los afiliados, sin embargo, aquella debe ser informada para lograr un consentimiento libre al escoger el régimen, so pena de incurrir en la ineficacia del mismo, tal como lo establece el artículo 271 de la citada norma.

Asimismo, trae a colación el artículo 1604 del Código Civil, el cual establece que la prueba del cuidado o la diligencia en los contratos incumbe al que ha debido emplearlo, por lo que considera que está en cabeza de las AFP probar el cumplimiento del deber de información a raíz de la responsabilidad profesional que ostentan.

Seguidamente, enuncia el deber que la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral ha establecido sobre las AFP de brindar información cierta, completa, suficiente, necesaria y oportuna de las características de los regímenes pensionales, la inversión de la carga de la prueba en los procesos de esta naturaleza y la no relevancia de situaciones como el régimen de transición o tener una expectativa legítima.

Descendiendo al caso en concreto, relaciona las pruebas documentales aportadas por las partes, así como el interrogatorio de parte practicado a la demandante, concluyendo que no se evidencian elementos probatorios suficientes para tener por demostrado el deber de información que se le endilgan a las Administradoras, pues solamente se allega el formulario de afiliación el cual no tiene la capacidad para demostrar por sí mismo la información proporcionada, además que del interrogatorio de parte se dilucida que al demandante no se le comunicó sobre una información detallada, suficiente y verás del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, empleándose para ello por parte de SKANDIA S.A. todos los recursos técnicos y administrativos con el objeto de que el demandante pudiese disfrutar de los beneficios que da el derecho a la seguridad social de manera adecuada, oportuna y suficiente, de allí que goce de prosperidad la ineficacia del traslado con destino al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.

En lo que respecta a la pensión de vejez perseguida, adujo resultar procedente en esta demanda efectuar el correspondiente estudio de la prestación con cargo a COLPENSIONES por ser el administrador del Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Para tal efecto, refirió que de conformidad con lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, al verificar la copia de la cédula de ciudadanía del demandante, se acredita que nació el 23 de agosto de 1958, por lo que al 1º de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la mentada Ley 100, contaba con 35 años de edad, aspecto por el que no es beneficiario del régimen transicional, pues la norma regula que para el caso de los hombres la edad obedece a 40 años, aunado a que, al verificar el reporte de semanas en pensiones, se evidencia que al 1º de abril de 1994 contaba con 264.24 semanas, aspecto por el que tampoco puede acceder al beneficio de la transición como quiera que no contaba con 15 años de servicios y, por ende, mucho menos efectuarse el estudio pensional al tenor de lo preceptuado en la Ley 71 de 1988 solicitada en la demanda.

Seguidamente, analizó la pensión bajo la égida del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, concluyendo que el

demandante cumplió 62 años el 23 de agosto de 2020 y, en lo que atañe al tiempo de servicios, conforme se desprende de la historia laboral expedida por la AFP SKANDIA S.A. el 21 de julio de 2021, a dicha calenda se acreditó un total de 1.623.43 semanas, lo cual excede claramente las 1.300 semanas exigidas en la norma; circunstancia por la cual, decidió que el demandante era beneficiario de la pensión de vejez según los criterios de la normativa en mención.

A pesar de lo anterior, refirió que el demandante solo podía acceder a la pensión a partir del momento del retiro del sistema, más aún si en la actualidad ni siquiera obra la solicitud pensional elevada ante ninguna de las aquí demandadas. En cuanto al monto de la prestación, arguyó que debía calcularse de conformidad con lo establecido en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, dado que al momento en que entró a regir esta norma, le hacían falta más de 10 años para acceder al derecho pensional y cuenta con más de 1.250 semanas de cotización, lo que conlleva a que el cálculo se deba efectuar por COLPENSIONES con el promedio de toda la vida laboral o, con el promedio de los últimos 10 años de acuerdo a lo que resulte más favorable.

Asentó además que la pensión de vejez debe reconocerse con 13 mesadas pensionales al año, según los parámetros del artículo 1º del Acto Legislativo 001 de 2005.

Frente al pago de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, no accedió a los mismos teniendo en cuenta que no hay lugar al pago de ningún retroactivo pensional.

Por último, en lo referente a la excepción de prescripción, expuso que teniendo en cuenta las pretensiones derivadas de la ineficacia del traslado, ese tópico es un simple reconocimiento y un estado jurídico, razón por la cual es imprescriptible y se puede solicitar en cualquier tiempo, y respecto de la pensión por vejez, si bien es cierto se configuró la causación del derecho, lo cierto es que en la actualidad no hay disfrute de la prestación económica, de ahí que tampoco se constituya el fenómeno prescriptivo.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión la AFP SKANDIA S.A. la apeló. Argumentó en su alzada encontrar inconformidad de lo decidido en primer grado, toda vez que el artículo 7º del Decreto 395 de 2008 de manera taxativa determina cuáles son los emolumentos que deben retornarse al Régimen de Prima Media con Prestación Definida como son los aportes destinados en la cuenta individual y al fondo de garantía de pensión mínima, pero no indica la norma que deban ser retornados los gastos de administración y la prima correspondiente a los seguros previsionales, por lo que la decisión primigenia debe revocarse parcialmente sobre este aspecto.

Que también debe tenerse en cuenta que es la misma Ley 100 de 1993 la que regula que los gastos de administración se utilicen para la correcta administración de la cuenta de ahorro individual, por ende, son rubros que no se encuentran en sus arcas, misma situación que sucede con los seguros previsionales para cubrir las posibles contingencias por invalidez y muerte, dado que fueron canceladas oportunamente a las diferentes aseguradoras que le han dado cobertura y protección al demandante desde el año 1995 hasta la actualidad, más aún si los conceptos objeto de reproche se dispusieron devolver de manera indexada, lo que generaría a su vez un doble pago por un mismo hecho.

En últimas, arguyó que en caso de confirmarse la condena del *a-quo*, se analice la prescripción sobre los gastos de administración y los seguros previsionales, dado que el primero es un emolumento que es económico y periódico, el cual no está destinado para cubrir la pensión de vejez del demandante, mientras que el segundo, debe tenerse en cuenta lo estatuido en el artículo 1081 del Código de Comercio, que señala que las acciones que se deriven de los contratos de seguros prescriben en dos años, siendo que el actor se encuentra afiliado en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad desde 1996.

COLPENSIONES por su parte esbozó en su apelación que debe tenerse en cuenta que para el caso de marras no existen elementos que evidencien vicios del consentimiento o dolo, pues no concurre una expectativa legítima para el demandante ya que al momento del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad contaba con menos de 750 semanas y le faltaban más de 25

años para acceder a la pensión de vejez, ello teniendo en cuenta la expectativa legítima al tenor de la jurisprudencia emanada por la Corte Constitucional.

Que también debe valorarse que la simple manifestación de inconformidad de que el valor a recibir de pensión en este momento en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida resulte superior que en el fondo privado, por si solo no constituye prueba para cuando el demandante efectuó el traslado hubiese sido engañado, o una equivocada información por parte de la AFP, más aún si para el año 1995 los fondos tan solo tenían la obligación de brindar la información sobre las condiciones a la hora del traslado, configurándose entonces un desinterés por parte del actor, tan es así que decidió seguir cotizando en el régimen privado de manera libre y voluntaria por más de 20 años sin inconformidad alguna.

Expuso que no resulta de asidero que deba reconocerse la pensión de vejez del demandante, ya que se estaría vulnerando el principio de sostenibilidad financiera, por lo que debería ser SKANDIA S.A. la que reconozca este derecho pensional.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

Asimismo, en atención del grado jurisdiccional de consulta en concordancia con las apelaciones formuladas, deberá determinarse si resulta procedente el reconocimiento y pago a favor del actor, de la pensión de vejez en los términos de que trata el artículo 9º de la Ley 797 de 2003.

c. Del caso en concreto:

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

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

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

irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

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

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido".*

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *"ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un*

beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto", criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

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

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

> *"Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento".*

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el reporte SIAFP y el formulario de afiliación que realizara la demandante el 12 de diciembre de 1995 ante la AFP SKANDIA S.A. (Fls. 42 a 43 PDF

CONTRESTACIÓN DEMANDA SKANDIA S.A.), formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *"Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado".*

Por otra parte, el actor en la declaración que depuso, señaló en todo momento que para el momento del traslado era sacerdote y para el año de 1995 cuando sucedió el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad pertenecía al pertenecía al Clero de la Arquidiócesis de Bogotá, última quien trasladó a varios sacerdotes, incluido él, sin que para ese momento se le hubiese dado una asesoría por parte de funcionarios de la AFP, como tampoco una reunión en la que le fuese explicada de manera pormenorizada los diferentes escenarios entre ambos regímenes pensionales, así como las ventajas y desventajas de los mismos

De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna sobre el pleno suministro de una debida información, luego, según lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia es evidente la carencia probatoria de la AFP SKANDIA S.A. para soportar la inversión de la carga de la prueba que le asiste, lo cual por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

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

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

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

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

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración recurridos y seguros previsionales por SKANDIA S.A., AFP donde en la actualidad se encuentra vinculado el demandante, se memora que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló al respecto:

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

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

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

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

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

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

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

> *"Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia*

que PORVENIR S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a COLPENSIONES, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

por el que no resulta de asidero lo manifestado por SKANDIA S.A. en lo que concierne a la aplicabilidad de la prescripción a la luz del Código de Comercio

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

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

Así las cosas, es evidente que los gastos de administración deban indexarse, más aún cuando tal aspecto en manera alguna se compensa por los rendimientos.

d. Del reconocimiento y pago de la pensión de vejez en los términos de la Ley 797 de 2003:

El artículo 9º de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, que dispone:

> ***"ARTÍCULO 9o.*** *El artículo 33 de la Ley 100 de 1993 quedará así:*
>
> *Artículo 33. Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:*
>
> 1. *Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.*

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

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

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

(…)"

Palmario resulta entonces que el demandante nació el 23 de agosto de 1958 como da cuenta su cédula de ciudadanía (Fl. 3 – PDF PRUEBAS), por lo que cumplió 62 años de edad el mismo día y mes de 2020, ostentando así el primer requisito para la causación del derecho pensional.

En lo que atañe a las semanas requeridas por la ley, confrontada la totalidad de semanas acreditadas por lo menos a la presentación de esta acción, el aquí demandante ostenta un total de 1.636.85 semanas, las cuales se cotizaron al ISS por el periodo comprendido entre el 14 de marzo de 1989 y el 30 de noviembre de 1995, así como a la AFP SKANDIA S.A. entre el 1º de diciembre de 1995 y el 30 de junio de 2021 de la siguiente manera:

COTIZACIONES ISS		
DESDE	**HASTA**	**SEMANAS**
14/03/1989	31/12/1994	302,71
1/01/1995	30/11/1995	47,14
TOTAL		349,85

COTIZACIONES RAIS		
DESDE	HASTA	SEMANAS
1/12/1995	31/12/1995	4,29
1/01/1996	31/12/1996	51,48
1/01/1997	31/12/1997	51,48
1/02/1998	31/12/1998	47,19
1/01/1999	31/12/1999	51,48
1/01/2000	31/12/2000	51,48
1/01/2001	31/12/2001	51,48
1/01/2002	31/12/2002	51,48
1/01/2003	31/12/2003	51,48
1/01/2004	31/12/2004	51,48
1/01/2005	31/12/2005	51,48
1/01/2006	1/08/2006	34,32
1/03/2007	31/12/2007	42,9
1/01/2008	31/12/2008	51,48
1/01/2009	31/12/2009	51,48
1/01/2010	31/12/2010	51,48
1/01/2011	31/12/2011	51,48
1/01/2012	31/12/2012	51,48
1/01/2013	31/12/2013	51,48
1/01/2014	31/12/2014	51,48
1/01/2015	31/12/2015	51,48
1/01/2016	31/12/2016	51,48
1/01/2017	31/12/2017	51,48
1/01/2018	31/12/2018	51,48
1/01/2019	31/12/2019	51,48
1/01/2020	31/12/2021	51,48
1/01/2021	30/06/2021	25,74
TOTAL		1287

TOTAL SEMANAS
1636,85

Por tal razón, al ostentar el demandante por lo menos hasta el mes de junio de 2021 un total de 1.636.85 semanas, es por lo que se configura el tiempo requerido para acceder a la prestación por vejez, que en el especialísimo caso del actor por cumplir 62 años de edad el 23 de agosto de 2020 debía acreditar como mínimo 1300 semanas, situación última que superó a creces conforme hasta lo aquí expuesto, por lo que es notorio que le asiste el derecho a que COLPENSIONES le reconozca y pague la pensión de vejez a la luz de lo preceptuado en el artículo 9º de la Ley 797 de 2003.

A pesar de lo anterior, se recalca que el aquí demandante como lo confesó en el interrogatorio de parte y según se aprecia de la historia laboral emitida por SKANDIA S.A., no presenta novedad de retiro; por el contrario, sigue

efectuando cotizaciones al sistema general de pensiones, situación que conlleva a que la pensión de vejez aquí reconocida deba pagarse a partir de la novedad del retiro en comento, aspecto exigido normativamente al tenor de lo preceptuado en el artículo 13 del Decreto 758 de 1990.

A unísono, y en lo que respecta a la forma de liquidar la prestación, atendiendo que el demandante acredita más de 1250 semanas de cotización, el IBL a tener en cuenta será con el promedio de salarios de los últimos 10 años cotizados o, el de toda su vida laboral, según le sea más favorable de conformidad con lo establecido en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993; circunstancia por la cual habrá de conformidad la decisión de primer grado por este aspecto.

Así las cosas, se adicionará y modificará la orden emitida en primera instancia en lo que respecta al tópico específico de la ineficacia, confirmándose en lo demás. **SIN COSTAS** en esta instancia.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR los numerales segundo y tercero de la sentencia proferida el 23 de agosto de 2022 por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, a fin de disponer:

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

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

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

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

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **23 2022 00201 01**
Demandante:	JUAN CARLOS BUITRAGO GUERRERO
Demandados:	COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 24 de octubre de 2022 por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor JUAN CARLOS BUITRAGO GUERRERO promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y COLFONDOS S.A., a fin de declararse que se afilió al régimen de pensiones a partir del mes de octubre de 1984 por intermedio del antiguo ISS, entidad a la cual realizó cotizaciones desde el año de 1994, trasladándose al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de COLFONDOS S.A. a partir del mes de 1995, sin recibir información adecuada y suficiente al momento de dicho traslado, las ventajas y desventajas del mismo, así como todas las diferencias de cada uno de ellos, lo que constituye una falta al deber de información y, por ende, la afiliación es ineficaz.

Que se declare que, al momento del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, contaba con 231.43 semanas cotizadas en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Por consiguiente, se le ordene a COLPENSIONES reactivar su afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, así como que se le ordene a COLFONDOS S.A. devolver con destino a COLPENSIONES todos los valores que hubiese recibido con motivo de su afiliación en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, gastos de administración, y todos los frutos e intereses de conformidad con lo establecido en el artículo 1746 del Código Civil, más lo que resulte probado de manera *ultra* y *extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones refirió que nació el 8 de octubre de 1963, afiliándose para el mes de octubre de 1984 al Régimen de Prima Media con Prestación Definida por intermedio del ISS, por lo que cotizó hasta el mes de diciembre de 1994, un total de 231.43 semanas.

Que en el mes de diciembre de 1994, asesores de COLFONDOS S.A. le ofrecieron trasladarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, asegurándole que ese fondo contaba con mayores beneficios y garantías frente a su situación pensional, al igual que dicho régimen le permitiría a las personas que se trasladaran acceder a una pensión en fecha anterior a la prevista por el entonces ISS, obteniendo incluso una prestación superior a la que adquiriría en el régimen público.

Seguidamente, expuso que se omitió informar cuál era el capital mínimo para pensionarse en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, no se le informó sobre las modalidades pensionales y no se le efectuaron proyecciones pensionales comparativas entre ambos regímenes, entre otros aspectos de desinformación.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición de las pretensiones bajo el entendido que el demandante se encuentra inmersa dentro de la prohibición de traslado señalado en la Ley 797 de 2003, que modificó la Ley 100 de 1993,

siendo imposible tener al actor como afiliado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dicha situación contravendría no solo disposiciones de carácter legal, sino también el principio de sostenibilidad financiera.

Formuló como medios exceptivos los denominados la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en casos de ineficacia de traslado de régimen, 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 Nacional), buena fe de COLPENSIONES, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica.

COLFONDOS S.A. refirió en su defensa la información suministrada al demandante al momento de su traslado fue suficiente, completa y veraz, sin omitir a la verdad, más aún si se le informó al actor desde su afiliación que el valor real de la pensión sería determinado una vez se cumplieran los requisitos para acceder a la pensión, como quiera que la misma se calcula en atención de tres variables como son la edad del posible pensionado y su grupo familiar determinando la expectativa de vida de los beneficiarios de la pensión, el capital acumulado a la fecha del cálculo incluyendo aportes obligatorios y voluntarios, rendimientos y bono pensional si hay lugar a él, y la tasa de rentabilidad esperada a largo plazo del Fondo Especial de Retiro Programado.

Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y compensación y pago.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 24 de octubre de 2022 absolvió a las demandadas de las pretensiones formuladas en su contra.

Para arribar a dicha conclusión, el Juez argumenta basado en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que la libertad de escogencia de régimen pensional es un derecho de los afiliados, sin embargo, aquella debe ser informada para lograr un consentimiento libre al escoger el régimen, so pena de incurrir en la ineficacia del mismo, tal como lo establece el artículo 271 de la citada norma.

Asimismo, trae a colación el artículo 1604 del Código Civil, el cual establece que la prueba del cuidado o la diligencia en los contratos incumbe al que ha debido emplearlo, por lo que considera que está en cabeza de las AFP probar el cumplimiento del deber de información a raíz de la responsabilidad profesional que ostentan.

Seguidamente, enuncia el deber que la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral ha establecido sobre las AFP de brindar información cierta, completa, suficiente, necesaria y oportuna de las características de los regímenes pensionales, la inversión de la carga de la prueba en los procesos de esta naturaleza y la no relevancia de situaciones como el régimen de transición o tener una expectativa legítima.

Descendiendo al caso en concreto, relaciona las pruebas documentales aportadas por las partes, concluyendo que el demandante efectuó cotización al ISS desde el 17 de octubre de 1984 hasta el 1º de diciembre de 1994, cuando decidió trasladarse de régimen pensional con destino a la AFP COLFONDOS S.A. con efectividad al 1º de enero de 1995, última donde se encuentra vinculado en la actualidad, de ahí que en efecto el actor se encuentre vinculado en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, del cual pretende retornar al de Prima Media con Prestación Definida bajo la premisa de que no le fue brindada una información necesaria suficiente sobre las reales implicaciones que tendría el cambio de régimen.

Que para el caso de marras, si bien no se hace alusión al beneficio del régimen de transición, lo cierto es que se está discutiendo la validez del traslado con

ocasión a la falta de información que aduce el demandante no se le brindó al momento mismo de su afiliación, máxime que debe analizarse la primera etapa de la información que lo fue para el año de 1995 cuando se trasladó, época para cual no se exigía una información tan profunda a la de la actualidad, como el hecho de la doble asesoría, el deber de buen consejo, realizar una liquidación de la prestación económica, entre otros aspectos.

Seguidamente, consideró que dentro del presente asunto en atención del interrogatorio de parte rendido por el demandante señor JUAN CARLOS BUITRAGO GUERRERO y las documentales obrantes al plenario, al actor le fue suministrada una información suficiente y necesaria para haber adoptado la decisión de trasladarse de régimen pensional debidamente.

Lo anterior, como quiera que en el interrogatorio de parte el demandante expuso unas características y diferencias de ambos regímenes pensionales; expuso además en lo concerniente a la rentabilidad de los aportes, puesto que de ello dependería el mayor valor de la pensión, de ahí que tuviese claro que si existía una buena rentabilidad tendría un mayor emolumento pensional, característica propia del régimen privado.

Al interrogársele en lo atinente al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, el actor indicó que para configurarse su pensión debía acreditarse una edad mínima, un número de semanas y que la prestación se liquidaría con el promedio del IBL de los últimos 10 años de servicios, características propias del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, aunado a que precisó lo referente a los aportes voluntarios en el régimen privado, últimos que incluso realizó, relató acerca de los beneficiarios, aspectos todos que enrostran la configuración de una información completa y suficiente para el año de 1995 al tenor de la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandante la apeló. Argumentó en su alzada que el precedente jurisprudencial ha sido decantado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, si bien lo que se busca determinar es el tipo de

información suministrada, contrario a lo expuesto por el *a-quo*, en la declaración se evidencia una contradicción respecto de las características generales entre uno y otro régimen pensional, pues no existía claridad de cómo se efectuaría la rentabilidad en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como tampoco existía un conocimiento claro y específico de la implicación de las diferentes modalidades pensionales.

Que tampoco existió información sobre el retiro programado, renta vitalicia, ni las consecuencias por las cuales podría llegar a calcularse su mesada pensional, máxime si en la empleadora donde laboró al momento del traslado, se le manifestó la obligatoriedad de trasladarse de régimen pensional.

Que durante los 20 años de permanencia en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, COLFONDOS S.A. no le suministró alguna información relevante, por lo que resulta palmario que la diferencia pensional en el régimen privado causaría un perjuicio, reiterándose que a pesar de que se hizo mención de una cuenta individual, no existe conocimiento sobre cómo sería calculada su mesada pensional, de ahí que no se haya constituido una información suficiente, clara y comprensible que advirtiera las propias consecuencias del traslado, más aún si no obra prueba documental allegada por COLFONDOS S.A. que advierta tal circunstancia, pues ni si quiera se aportó el formulario de afiliación.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

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

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

irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

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

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido".*

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *"ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un*

beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto", criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

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

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

> *"Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento".*

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que no yace formulario de afiliación que realizara el demandante ante la AFP COLFONDOS cuando se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. A pesar de ello, de la prueba

documental acreditada al plenario, se aprecia que en efecto el demandante inició sus cotizaciones ante COLFONDOS S.A. a partir del mes de enero de 1995 como así da cuenta la copia de la historia laboral de dicha AFP (Fls. 342 a 364 – EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO), y en caso de existir dicho formulario, como lo ha sostenido en la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *"Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado".*

De otra parte, a pesar que a juicio del *a-quo*, al demandante le fue suministrada una información detallada y precisa para el año de 1994 por parte de COLFONDOS S.A. para que se entienda efectivizado su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a juicio de la Sala la asesoría otorgada no cumple con las connotaciones suficientes que adviertan la configuración precisa de información en atención de los criterios expuestos por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Nótese que en el interrogatorio de parte surtido por el demandante, expuso que es Ingeniero Mecánico de profesión, así como Administrador de Empresas, siendo en la actualidad Gerente de un concesionario de vehículos.

Refirió que en la actualidad no se encuentra pensionado. En lo que respecta al traslado efectuado con destino al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de COLFONDOS S.A., relató que para el año 1994 se encontraba laborando para una empresa denominada SOFASA S.A., empleadora que fue adquirida por el Grupo Santo Domingo, por lo que en una reunión llevada a cabo por asesores de la AFP demandada, le recomendaron a él y otros compañeros de trabajo trasladarse a los fondos privados.

Que como trabajadores se les indicaron dos características, siendo una de ella que era más factible el fondo privado como quiera que se podía garantizar la pensión y otra, que el ISS desaparecería, siendo ese aspecto un riesgo en el

entendido de que no existía conocimiento sobre la decisión que adoptaría el Gobierno por cuanto resultaba insostenible tener las pensiones en el ISS.

En lo que respecta a la rentabilidad, adujo que el fondo les manifestó que esta figura era una de las ventajas que tenía el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como quiera que podía depositarse dinero allí con la finalidad de pensionarse de la mejor manera, aspecto que no existía en el ISS. Que en el ISS para poderse pensionar debía cotizar hasta el cumplimiento de los 62 años de edad, existiendo una inestabilidad muy grande ya que se hablaba de que esta entidad desaparecería.

En cuanto a la liquidación, refirió que se le indicó que en el ISS debía realizarse un aporte y el IBC abarcaría lo que se pudiera cotizar durante los últimos 10 años de pensión, al igual que en el régimen privado se podría pensionar de manera anticipada al acreditar cierto número de semanas mínimas.

Al preguntársele del por qué no retornó al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, refirió que su preocupación se basó en seguir laborando para así poder efectivizar los correspondientes aportes, pero poniendo de presente que no tenía clara la verdadera figura de lo expuesto, toda vez que en el fondo privado las explicaciones en todo momento gravitaron en torno a que en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se pensionaría con una mesada superior que en el Régimen Público a razón de las rentabilidades que tendría en su cuenta de ahorro individual.

De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna del demandante sobre el pleno suministro de una debida información, ya que a pesar de haber manifestado un conocimiento mínimo sobre las figuras propias del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad tales como la rentabilidad, la existencia de una pensión anticipada de vejez y una cuenta de ahorro individual, lo cierto es que tales aspectos a la luz de la jurisprudencia no pueden ser entendidos como una información suficiente que le otorgara COLFONDOS S.A. para entonces.

Lo anterior, como quiera que, el precedente jurisprudencial ha venido trazando una línea sobre con los requisitos mínimos de asesoría de las AFP

durante el transcurrir del tiempo, carga probatoria que netamente le corresponde demostrar a estas administradoras bajo la égida de la inversión de la carga de la prueba al tenor de lo preceptuado en el artículo 167 del C.G.P. Así las cosas, tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *"la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:*

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

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

En ese orden de ideas, claro es que la información que debió suministrar COLFONDOS S.A. para la época debió circunscribirse a una *"Ilustración de las* ***características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales***"

Este último aspecto no se cumplió, como quiera que fue explícito el demandante en manifestar que en todo momento se le manifestó que se extinguiría el ISS, administrador para la época del Régimen de Pirma Media con Prestación Definida, tópico que refleja a la Sala la falta de explicación pormenorizada de las ventajas y características que tendría entonces el demandante dentro del régimen público, incluso, se aprecia que no los posibles riesgos que abarcarían el traslado al régimen privado.

Adicional a lo anterior, si bien el demandante indicó tener conocimiento que en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida podría pensionarse a los 62 años de edad, y que la liquidación de la prestación se realizaría con el promedio de lo aportado durante los últimos 10 años, esa situación contrario a lo argumentado por el *a-quo*, no puede ser entendida como el pleno conocimiento de las características propias del Régimen de Prima Media, en tanto, el actor no manifestó tener comprensión como por ejemplo que con un tope de semanas superior a 1250 semanas podría acceder a una liquidación con el promedio de aportes de toda su vida laboral al tenor de lo regulado en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, que podría estar cobijado por el régimen de transición dispuesto en el artículo 36 de la misma disposición normativa y, por ende, acceder a presupuestos normativos anteriores, incluso atendiendo las tasas de reemplazo a aplicar dentro del régimen público, sin que fuese allí necesario el acreditar rentabilidad o aportes voluntarios algunos.

Además, tampoco puede perderse de vista que el demandante adujo que si bien la AFP le comunicó algunas circunstancias sobre el tema de la

rentabilidad, esta figura se le puso en conocimiento, pero sin hacerse una manifestación de alguna pérdida de beneficios pensionales dentro del Régimen de Prima Media con Prestación Definida como así lo regula la Alta Corporación, tópico que no se enmarca dentro de una asesoría que suministrara COLFONDOS S.A. para el año de 1994 ajustada a derecho, máxime si se tiene en cuenta que la entidad ni siquiera acreditó el formulario de afiliación del accionante; circunstancia por la cual, se declarará la ineficacia del traslado que realizara el señor JUAN CARLOS BUITRAGO GUERRERO con destino al Régimen de Ahorro Individual con Solidad según los preceptos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

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

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

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

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

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los

gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Así las cosas, la sentencia de primera instancia habrá de revocarse en su integridad. **SIN COSTAS** en esta instancia.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el el 24 de octubre de 2022 por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR ineficaz el traslado de régimen que realizó el demandante en el año de 1994 al fondo de pensiones COLFONDOS S.A., por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

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

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

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera instancia a cargo de las demandadas COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral	11001 31 050 **24 2020 00319 01**
Demandante:	ANGEL MARÍA CHACÓN SUAREZ
Demandado:	COLPENSIONES
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte actora en contra de la sentencia proferida el 5 de julio de 2022 por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor ANGEL MARÍA CHACÓN SUAREZ promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, a fin que se declare que cotiza a esa entidad desde el 2 de junio de 1972, la cual se negó a recuperar las semanas que laboró para el DAS, CELECTRONIC LTDA., DISTRIBUCIONES PROASEO LTDA. EN LIQUIDACIÓN; igualmente, pretende se declare que esta última sociedad no realizó cotizaciones a pensión entre el 1º de octubre de 1987 y el 30 de marzo de 1991 y que la enjuiciada no realizó las acciones de cobro respectivas. A su vez, solicita se declare que al 1º de abril de 1994 contaba con

más de 40 años, por lo que es beneficiario del régimen de transición, ya que cotizó más de 500 semanas en los últimos veinte años anteriores el 28 de octubre de 2013 y que la indemnización sustitutiva que le concedió la encartada es un derecho subsidiario.

Como consecuencia de tales declaraciones, pretende se condene a la pasiva a realizar los trámites administrativos a que haya lugar, con el fin de recuperar las cotizaciones que efectuó a su favor el DAS y se adicionen a su Historia Laboral; se condene a la entidad accionada a asumir el pago de las cotizaciones para los riesgos de invalidez, vejez y muerte que dejó de cobrar a su favor a DISTRIBUCIONES PROASEO LTDA EN LIQUIDACION del 1º de octubre de 1987 al 30 de marzo de 1991. A su vez, condene a COLPENSIONES a realizar el cálculo actuarial respectivo y lo autorice a pagar lo correspondiente al tiempo que laboró para CELECTRONIC LTDA., del 9 de octubre de 2007 al 30 de octubre de 2013.

Finalmente, pretende se condene a la convocada a juicio a otorgarle una pensión vitalicia de vejez a partir de 29 de octubre de 2013, de acuerdo con lo estipulado en el literal b) del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 reglamentado por el Decreto 750 de 1990, junto con el correspondiente retroactivo, los intereses de mora, más lo que se demuestra acreditado en uso de las facultades *ultra* y *extra petita.*

De manera subsidiaria, pretende se declare que en el evento en que le falten cotizaciones a pensión conforme lo dispuesto el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se ordene a COLPENSIONES realice el cálculo actuarial respectivo y lo autorice a pagarlo para completar el número de semanas exigido por dicho régimen y le conceda la pensión de vejez a partir del 29 de octubre de 2013.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que nació el 28 de octubre de 1953, acreditando más de 40 años al 1º de abril de 1994, y que ha efectuado cotizaciones al ISS desde el 2 de mayo de 1972, por lo que le fue concedida por parte de la encartada una indemnización sustitutiva el 22 de abril de 2016, añadiendo que es beneficiario del régimen de transición.

Seguidamente, refirió que COLPENSIONES se negó recuperar las semanas que no aparecen reportadas a su favor por parte del DAS, CELECTRONIC LTDA. y DISTRIBUCIONES PROASEO LTDA. EN LIQUIDACIÓN, aduciendo que ya había sido beneficiario de una indemnización sustitutiva por vejez y que en el caso de entidades de carácter estatal no aplica la recuperación de semanas.

Precisó que laboró para el DAS del 1º de septiembre de 1973 al 31 de octubre de 1973 y del 11 de marzo de 1974 al 27 de marzo de 1976, sin que se conozca a donde se realizaron sus aportes a pensión; a su vez, la sociedad DISTRIBUCIONES PRO ASEO LTDA EN LIQUIDACIÓN tampoco realizó aportes a pensión del 1º de octubre de 1987 al 30 de marzo de 1991, los cuales tampoco cobró la enjuiciada.

Aseveró que laboró para CELECTRONIC LTDA. del 9 de octubre de 2007 al 30 de octubre de 2013, empero, no fue afiliada al sistema de seguridad social. Por último, indicó que la demandada emitió respuesta de fondo a su solicitud de recuperación de semanas y pensión el 2 de julio de 2020. (Archivos 01 y 05).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contra. Argumentando que no le asiste derecho teniendo en cuenta que COLPENSIONES realizó el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de vejez mediante Resolución GNR 113174 del 22 de abril del 2016,

ateniendo la solicitud realizada por el demandante en su momento y para el cual aportó declaración extrajuicio en la que señalaba que no podía seguir aportando para pensión.

Formuló como medios exceptivos los de inexistencia del derecho reclamado, inexistencia de intereses moratorios e indexación, presunción de legalidad de los actos administrativos, carencia de causa para demandar, buena fe, prescripción, compensación y la innominada o genérica. (Archivo 11).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 5 de julio de 2022, absolvió a la demandada de las pretensiones elevadas en su contra y declaró probada la excepción de inexistencia del derecho reclamado y condenó en costas a la parte demandante.

Para arribar a dicha conclusión, la *a-quo* señaló que no era objeto de controversia que el actor había recibido indemnización sustitutiva por parte de la accionada y que acreditaba 528.29 semanas de cotización. Así las cosas, el actor pretende el reconocimiento de la pensión de vejez, por ser beneficiario del régimen de transición conforme lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990, con inclusión del tiempo laborado pare el DAS, CELECTRONIC LTDA. y PROASEO LTDA. EN LIQUIDACIÓN.

Más adelante, refirió que la jurisprudencia emanada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que es obligación de las administradoras de pensiones llevar a cabo el cobro y recaudo de las cotizaciones que no han sido satisfechas, pues si no lo hacen deben asumir las consecuencias de la omisión en el pago de los aportes. También que es menester acreditar la existencia de la relación laboral en los periodos en mora

echados de menos, luego, recae en la parte demandante acreditar la afiliación al sistema de seguridad social, la existencia de la relación del trabajo y los periodos en mora; mientras que, en el caso del empleador omiso, solo debe acreditar la existencia de la relación laboral, siendo necesario vincular a los empleadores omisos, según se dijo en sentencias SL041-2017, SL4679-2017 y SL5089-2020.

Acorde con lo anterior, precisó que el actor se encuentra en el segundo de los escenarios dado que no existe afiliación de CELECTRONIC LTDA., empero, si bien existe afiliación por parte de PRO ASEO LTDA. EN LIQUIDACIÓN, también lo es que existe novedad de retiro de 26 de septiembre de 1987, conforme se exhibe de la historia laboral tradicional aportada al plenario, por lo que luce palmario que el actor debió convocar a juicio a las citadas sociedades a fin de acreditar la existencia de la relación laboral que alega, lo cual no se logra establecer con las prueba documental y los testimonios recaudados en el trámite procesal, incumpliendo con la carga procesal que le incumbía, ya que no se demostró la existencia de la relación laboral que diera lugar al apago de los aportes.

En el caso del DAS, se encuentra la certificación electrónica de tiempos laborados de la cual se observa que prestó sus servicios del 1º de septiembre de 1973 al 31 de octubre de 1973 y del 11 de marzo de 1974 al 25 de marzo de 1976, alcanzado un total de 113.42 semanas, los que sumados a las 528.29 semanas de la Historia Laboral, arrojan un total de 641.71 semanas de las cuales solo 402 fueron cotizadas en los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, sin que avale el cumplimiento de los requisitos establecidos en el Acuerdo 049 de 1990 y el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, lo que conlleva a la absolución de las pretensiones de la demanda tendientes a obtener el pago de la pensión de vejez y el cálculo actuarial.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandante inconforme con la decisión la apeló. Argumentó que, si bien la juez de instancia efectuó un buen análisis jurisprudencial de la obligación que le asiste a las administradoras de pensiones de realizar los cobros de aportes, finalmente concluyó algo completamente diferente; pues indicó que se deben cobrar los aportes y se debe verificar si procede el derecho de acuerdo con las pruebas, debiendo además acreditarse la existencia de la relación laboral.

Además, en sentencia del 13 de marzo de 2019 con Radicado 72468, se determinó que las administradoras deben iniciar el cobro cuando los empleadores no paguen y otorga unas herramientas para tal fin, a lo que se suma que se debe acreditar la relación de trabajo; lo que en el presente caso se puede constatar respecto de las empresas CELECTRONIC LTDA. y PRO ASEO LTDA., ya que aportó el contrato de esta última el cual señala que lo fue a término indefinido desde el 6 de mayo de 1986, con un salario que puede ser el mínimo de la época.

Igualmente, en el caso de CELECTRONIC LTDA. estuvo vinculado 9 de octubre de 2007 al 30 de octubre de 2013. Además, se aportó el certificado de existencia y representación legal de esas sociedades que da cuenta que están liquidadas, por lo que se solicitó la elaboración del cálculo actuarial para que sea asumido por el actor, ya que no es posible que dichas sociedades lo sufraguen por no haber sido demandadas.

Además, enfatizó que los testigos dieron cuenta de la existencia de la relación laboral con CELECTRONIC, pues en su declaración WILLIAM RICARDO LOZANO quien laboró en el Banco de la República, relató que el demandante había realizado trabajos en ese lugar y en su residencia, reiterando que el

contrato da cuenta de la existencia de la relación laboral y además no se podía citar al empleador pues ya no existe, luego, se debe partir del principio de la buena fe, dado que desde el año 2016 el promotor viene solicitando a la entidad demandada que le autorice el pago de un cálculo actuarial; además tales pruebas no fueron tachados de falsas, lo que genera el derecho a la pensión y a la aplicación de la condición más beneficiosa, sin que el hecho de haber recibido la indemnización sustitutiva trunque tal derecho, por lo que solicita se revoque la sentencia de primera instancia y se accedan a las pretensiones de la demanda.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin observar causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá auscultar como argumento primigenio, si al demandante le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a la luz del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, teniendo en cuenta las deficiencias de los verdaderos tiempos cotizados como se alude en los supuestos fácticos de la demanda.

c. Inclusión de Tiempos en la Historia Laboral:

Pretende el actor el reconocimiento y pago de la pensión de vejez de conformidad con lo regulado en el Acuerdo 049 de 1990, aduciendo para el

efecto que es beneficiario del régimen de transición, ya que cuenta con más de 40 años a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y la densidad de semanas exigidas por la norma en comento para acceder a la prestación pensional que reclama. Sin embargo, COLPENSIONES no ha tenido en cuenta los tiempos que dice haber laborado para las sociedades DISTRIBUCIONES PROASEO LTDA EN LIQUIDACION del 1º de octubre de 1987 al 30 de marzo de 1991 y para CELECTRONIC LTDA., del 9 de octubre de 2007 al 30 de octubre de 2013, siendo menester que la entidad elabore el respectivo cálculo actuarial, el cual asumirá de su peculio.

Ahora bien, en esta instancia no fue objeto de controversia que el actor se encontraba afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES desde el 2 de junio de 1972, presentando cotizaciones desde junio de 1984 al 30 de septiembre de 2007, según se observa del Reporte de Semanas Cotizadas en Pensiones, expedido por la pasiva el 28 de febrero de 2020 y que prestó sus servicios al DAS del 1º de septiembre de 1973 al 31 de octubre de 1973 y del 11 de marzo de 1974 al 25 de marzo de 1976, lo que según dijo la Juez de instancia refiere a 113.42 semanas, las que sumadas a las 528.29 semanas de la Historia Laboral, arrojan un total de 641.71 semanas. Tampoco se discute el hecho que le fue reconocida una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez mediante Resolución GNR 113174 de 22 de abril de 2016. (Fls. 27 a 29, 30 a 34 y 36 a 40 archivo 01).

De cara a lo anterior, imperioso resulta memorar que el artículo 15 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 3 de la Ley 797 de 2003, señala que serán afiliados al Sistema General de Pensiones:

> *"1. En forma obligatoria: Todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos. Así mismo, las personas naturales que presten directamente servicios al Estado o a las entidades*

o empresas del sector privado, bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, o cualquier otra modalidad de servicios que adopten, los trabajadores independientes y los grupos de población que por sus características o condiciones socioeconómicas sean elegidos para ser beneficiarios de subsidios a través del Fondo de Solidaridad Pensional, de acuerdo con las disponibilidades presupuestales."

A su vez, el artículo 24 *ejusdem,* señala que corresponde a las entidades administradoras de los diferentes regímenes adelantar las acciones de cobro con motivo del incumplimiento de las obligaciones del empleador de conformidad con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional. Para tal efecto, la liquidación mediante la cual la administradora determine el valor adeudado prestará mérito ejecutivo.

El máximo órgano de cierre de esta especialidad, en sentencia SL1078-2021 con Radicación No. 73820 de 3 de marzo de 2021, se ha ocupado de realizar algunas precisiones sobre la diferencia entre la mora patronal y la falta de afiliación, así:

"En la primera (la mora), la consecuencia de la conducta del empleador no se traslada al afiliado, si antes no se acredita que la administradora adelantó las gestiones de cobro correspondientes, mientras que, ante la ausencia, omisión o inactividad de la afiliación originada por el empleador que apareja la falta de comunicación de ingreso al sistema, el empleador debe asumir el pago de las cotizaciones correspondientes al periodo omitido, a través del denominado cálculo actuarial o título pensional, que es el mecanismo legal que refiere el art. 33 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL3004-2020).

"En el caso de la no afiliación, la Corporación enseña que esta circunstancia no puede equipararse a la mora, pues no resulta comparable la situación del empleador que afilia a sus trabajadores e incumple el pago de algunos periodos con quien no comunica su ingreso al sistema, ya que el empleador debe asumir el pago de las prestaciones que le hubieran correspondido a las administradoras en caso de afiliación.

"Este último aspecto ha sido morigerado y actualmente, entre otras razones, con motivo de la entrada en vigencia del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, reglamentado por el Decreto 3798 de ese mismo año, se admite

la inclusión de estos tiempos pese a no existir afiliación, siempre que se traslade el cálculo actuarial que los represente, en cuyo caso el sistema debe asumir el pago de la prestación y, además, se reúnan los requisitos mínimos exigidos para la correspondiente prestación. (CSJ SL 5058-2020, 3661-2020). Al respecto, también se pueden consultar las siguientes sentencias citadas, en providencia anterior, CSJ SL, 22 jul. 2008, rad. 34270, reiterada, entre otras, en las CSJ SL, 17 may. 2011, rad. 38622; CSJ SL, 13 feb. 2013, rad. 43839; y CSJ SL, 15 may. 2013, rad. 41802."

Siguiendo esa misma línea de pensamiento, esa misma Corporación en sentencia SL3163-2021, Radicación No. 76260 del 21 de julio de 2021, señaló:

"Entonces, tal como lo mencionó el tribunal, no se puede endilgar a la administradora la obligación de efectuar el cobro de los aportes toda vez que para que exista mora del empleador con el sistema, debe mediar el incumplimiento de una determinada prestación adquirida en virtud del formulario de afiliación del trabajador o de novedad de vinculación laboral; asunto que si bien no exonera de responsabilidad al dador del empleo, sí impide que se establezca su condición de deudor moroso del sistema. En ese sentido resulta pertinente reiterar lo enseñado por la Corte en sentencias CSJ SL, 23 feb. 2010, rad. 37555 y CSJ SL, 9 sep. 2009, rad. 35211".

"[…]

"Sumado a ello, si lo que alega la recurrente es una falta de afiliación por parte del empleador, una omisión de cotización de semanas y/o algún error en la información suministrada por la patronal y a la vez por la misma entidad, lo procedente era demandar directamente a su empleador para que identificados los periodos discutidos, se establezca la obligación de trasladar el respectivo cálculo actuarial correspondiente a las semanas dejadas de cotizar, y así poder incluir esos periodos en la contabilización de las semanas requeridas (CSJ SL1506-2021, rad. 88017), pues los efectos del aviso de entrada del trabajador (documento que se recuerda fue correctamente apreciado por el fallador), no pueden extenderse al cobro retroactivo de aportes por el tiempo en que no medió afiliación al sistema de seguridad social."

d. Del Caso en Concreto:

Al descender al *sub examine*, y de acuerdo con los argumentos expuestos por la activa en su alzada, se advierte que, conforme a la copia de la cédula de

ciudadanía, al 1º de abril de 1994 tenía 40 años, ya que su fecha de nacimiento fue el 28 de octubre de 1953. (Fl. 35 archivo 01), por lo que en principio es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, conforme lo preceptuado en el Acuerdo 049 de 1990.

Ahora bien, dicho régimen no podía extenderse más allá del 31 de julio de 2010, por virtud del parágrafo transitorio 4º del Acto Legislativo 01 de 2005, excepto para quienes estando en dicho régimen hubieran cotizado al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigor de dicho Acto Legislativo, en cuyo caso se extiende hasta el año 2014. Entre tanto, el artículo 12 del referido Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, prevé la pensión de vejez, para el caso de los hombres, cuando cumplan 60 años y acrediten 500 semanas cotizadas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima, o, 1000 en cualquier tiempo.

Así pues, alega el demandante que no fueron tenidas en cuenta en su totalidad los tiempos que laboró para las sociedades DISTRIBUCIONES PRO ASEO LTDA EN LIQUIDACION del 1º de octubre de 1987 al 30 de marzo de 1991 y para CELECTRONIC LTDA., del 9 de octubre de 2007 al 30 de octubre de 2013, relaciones contractuales que sostiene están probadas en el trámite procesal.

Al respecto, se tiene que se recibió el testimonio de HERNAN LUNA LEIVA, quien dijo conocer al actor hace 20 años, ya que realizó el mantenimiento de unas cámaras de seguridad a nombre de CELECTRONIC LDTA., en el Banco de la República donde él laboraba y posteriormente instaló unas cámaras en su apartamento, lo cual aconteció en marzo de 2009; que le consta que laboró para esa empresa como empleador en tanto le indicó el carné, también expuso que no conoce si fue afiliado a un fondo de pensiones.

A su vez, WILLIAM RICARDO LOZANO en su declaración refirió que conoce al actor desde que laboró en PRO-ASEO, en tanto frecuentaba la empresa para adquirir productos de aseo, lo cual lo estima en el año 1987; que en ese lugar el actor laboraba en ventas y tenía todas las prestaciones, pues así se lo comentó el actor; agregó el testigo que lo vio trabajando en esa empresa por espacio de seis años.

Igualmente, se encuentra contrato de trabajo de a término indefinido, suscrito entre el actor y la sociedad DISTRIBUCIONES PRO ASEO LTDA EN LIQUIDACION el 6 de mayo de 1986; asimismo, obra Reporte de Semanas Cotizadas en Pensiones, expedido por COLPENSIONES el 28 de febrero de 2020, en el que obran cotizaciones efectuadas a favor del actor por el aludido empleador del 6 de mayo de 1986 hasta el 26 de septiembre de 1987, calenda esta última en la que se reporta novedad de retiro, según el Reporte de Semanas Cotizadas Periodo 1967-1994, emitido por COLPENSIONES y que obra en el expediente administrativo. (Fls. 41 a 43 archivo 01 y archivo 20).

Acorde con lo anterior, en lo que respecta a DISTRIBUCIONES PRO ASEO LTDA EN LIQUIDACION, se debe señalar que no es dable determinar que la relación laboral permaneció vigente entre el 1º de octubre de 1987 al 30 de marzo de 1991, ello en tato no fue llamada a juicio para debatir la existencia de la relación laboral que afirma el gestor sostuvo con esa empresa, sin que se pueda concluir tal situación de la versión del testigo WILLIAM RICARDO LOZANO, sin que además se pueda establecer una mora en el pago de aportes, a fin de que la encartada hubiese llevado a cabo las gestiones de cobro pertinentes, en tanto se predica una falta de afiliación.

En cuanto a CELECTRONIC LTDA., se aportó contrato de trabajo a término indefinido, pactado entre el actor y dicha sociedad el 9 de octubre de 2007, sin que se encuentren cotizaciones a favor del demandante por parte de esta, no

obstante, no existe afiliación del actor por parte de esa empresa al sistema general de seguridad social, por lo cual no se le puede endilgar responsabilidad alguna a COLPENSIONES en el cobro de aportes. (Fls. 48 a 52 y 53 a 54 archivo 01).

En virtud de lo anterior, no es posible que la entidad demandada realice el cálculo actuarial que pretende el actor, pues lo procedente era demandar a las sociedades con las que dice haber sostenido la relación laboral, entendiéndose que frente a CELECTORNIC LTDA., ello no era viable dado que esa sociedad ya no existe, no siendo así, el caso de DISTRIBUCIONES PRO ASEO LTDA EN LIQUIDACIÓN pues no se evidencia que haya corrido la misma suerte de CELECTRONIC LTDA.

Ahora, tampoco es viable que el pago del cálculo se deje a cargo del gestor, dado que como ya se expuso, es una obligación a cargo del empleador y no del afiliado, pues de ser así, todo aquel que se viese afectado por una falta de inclusión de tiempos en su historia laboral en casos como el aquí analizado, podría sufragarlas a fin de lograr la prestación pensional de vejez, lo cual no se ajusta al ordenamiento jurídico.

Así las cosas, no es posible acceder a la pensión que se reclama, ya que el actor si bien acredita la edad exigida a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, no alcanza las 750 semanas previstas en el Acto Legislativo 01 de 2005, pues solo acredita 641.71 como lo indicó la juez de instancia, a efecto de extender su régimen de transición y tampoco alcanza las 500 semanas en los últimos veinte años anteriores al cumplimento de la edad, ya que solo cuenta con 462.58 semanas.

Como corolario de lo anterior, se confirmará en su integridad la sentencia de primer grado. **SIN COSTAS** en esta instancia.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 5 de julio de 2022 por el Juzgado Veinticuatro Laboral de Bogotá, conforme a las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **28 2020 00299 02**
Demandante:	ELIZABETH RINCON PEÑA
Demandados:	COLPENSIONES, SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a la abogada ASTRID JASBLEYDE CAJIAO, identificada con cédula de ciudadanía 52.938.149 y T.P. 282.206 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder a ella conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y COLPENSIONES en contra de la sentencia proferida el 24 de octubre de 2022 por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora ELIZABETH RINCON PEÑA promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y PORVENIR S.A., con la finalidad que se declare la nulidad de la afiliación o la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad en junio de 1995 a través de la administradora de pensiones PENSIONAR hoy SKANDIA, por existir engaño y asalto a su buena fe al inducirla en error y viciar su consentimiento para que se trasladara de régimen, e igualmente, se declare la nulidad o la ineficacia de la afiliación que realizó a PORVENIR S.A..

Consecuencialmente, se ordene a SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. traslade a COLPENSIONES todos los valores recibidos como cotizaciones, bonos, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses, junto con los rendimientos que se hubieren causado, sumas que deberá recibir COLPENSIONES, entidad que deberá tenerla como afiliada sin solución de continuidad, más lo acreditado en uso de las facultades *ultra* y *extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus aspiraciones, refirió que estuvo afiliada al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES desde el 3 de marzo de 1992 hasta el 31 de mayo de 1995, alcanzado un total de 173.29 semanas. Relató que estando al servicio del Banco de Crédito, los asesores de PENSIONAR hoy SKANDIA le presentaron el nuevo régimen pensional, además le aseguraron que el ISS se acabaría por lo que perdería sus cotizaciones, sin embargo, en ese nuevo régimen obtendría mayores rendimientos y se podría pensionar de manera anticipada, sin informarle sobre el derecho de retracto, argumentos con los cuales se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Adujo que los fondos privados demandados la mantuvieron en error en los traslados posteriores que realizó a esas administradoras, precisando que cuenta con 1204.43 semanas cotizadas al mes de agosto de 2019 y que solicitó a las demandas la nulidad del traslado del régimen y su retorno al régimen de prima media con prestación definida, en donde obtendría a los 57 años una mesada pensional mensual en suma de $3.623.352. (Archivo 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PORVENIR S.A., contestó la demanda con oposición a las pretensiones de la demanda, aduciendo que la actora no allega prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la nulidad o la ineficacia del acto jurídico de traslado de régimen pensional. Además, expuso que no se acreditan los supuestos en que se funda el vicio en el consentimiento, pues de los documentos que aportan con la demanda no se evidencia soporte alguno que permita colegir la existencia de error, fuerza o dolo, de modo, por ende, no se cumplen con los presupuestos establecidos en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 para que prosperen las pretensiones de la demanda.

Como excepciones formuló las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (Archivo 09).

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones de la demanda, indicando que la presente acción persigue beneficios económicos; además, el traslado de régimen se encuentra ajustado al artículo 13 de la Ley 100 de 1993, ya que la gestora prefirió trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad, y estando allí se cambió de fondo de pensiones, ratificando así de manera tácita la aceptación de las condiciones de ese régimen; adicionalmente, es un deber legal de los afiliado del sistema general de pensiones estar pendientes de su estatus pensional, sin que se puedan trasladar de régimen cuando le falten diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

Propuso las excepciones de mérito de perfeccionamiento actos de relacionamiento, hecho de la víctima o afiliado, perfeccionamiento del acto inexistente, saneamiento nulidad, protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, inexistencia del derecho, pago de lo no debido, prescripción y caducidad, la innominada o genérica y buena fe. (Archivo 10).

Por su parte, la demandada SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. se opuso a todas pretensiones del *petitum*, argumentado que al momento del traslado la

actora era plenamente capaz de tomar sus propias decisiones y jurídicamente legitimada para adquirir obligaciones contractuales, además el traslado de régimen se efectuó de manera libre y voluntaria, aceptando todas y cada una de las condiciones propias de dicho régimen, conforme lo dispone la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios.

Formuló las excepciones de mérito que denominó como SKANDIA no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante, prescripción, buena fe y la genérica. (Archivo 13).

Mediante auto adiado el 9 de abril de 2021, el Juzgado de origen admitió el llamamiento en garantía que realizó SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., a la aseguradora MAPFRE COLOMBIA VIDA Y SEGUROS S.A. Sin embargo, por auto de 31 de agosto de 2021 esa dependencia judicial dejó sin valor y efecto dicha decisión, la cual fue confirmada por esta Corporación en proveído de 30 de junio de 2022. (Archivos 14, 18 y 22).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 24 de octubre de 2022, resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora ELIZABETH RINCON PEÑA, al régimen de ahorro individual con solidaridad de fecha 1 de junio de 1995, por intermedio de la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS SKANDIA S.A., en consecuencia declarar como afiliación válida la de régimen de prima media con prestación definida administrada hoy en día por Colpensiones, todo conforme se dijo en la parte motiva de esta decisión.*
>
> *SEGUNDO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS SKANDIA S.A., para que traslade los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses sin deducción alguna por conceptos de gastos de administración*

y seguros de invalidez y sobrevivencia, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la señora ELIZABETH RINCÓN PEÑA, quien se identifica con la Cedula de Ciudadanía 51.786.252 a COLPENSIONES.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES para que active la afiliación de la demandante al régimen de prima media con prestación definida y procesa a actualizar su historia laboral.

CUARTO: DECLARAR no probado los medios exceptivos propuestos por el extremo demandado

QUINTO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA a cargo de las administradoras demandadas. (…)"

Para arribar a dicha conclusión, la *a-quo* expuso que estaba probado que la actora estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado por ISS, y que posteriormente se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través del fondo de pensiones PENSIONAR hoy SKANDIA S.A., y los posteriores traslados a PORVENIR S.A. y de nuevo a SKANDIA S.A. De otro lado, expuso que el presente caso, debe abordarse bajo la institución de la ineficacia, según lo normado en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y los postulados jurisprudenciales emanados de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sin que lo pueda ser a través del régimen de las nulidades, pues resulta desbordado pedir al afiliado que demuestre el vicio en el consentimiento a través de error, la fuerza o el dolo.

Acorde con lo anterior, a la AFP les corresponde la carga de acreditar la información suministrada para efectuar el traslado de régimen, esto es, si brindó una información veraz, completa y oportuna, diferenciando entre uno y otro régimen, así como las ventajas y desventajas, a efectos de garantizar la libertad de elección al potencial afiliado.

Teniendo en cuenta lo anterior, realizó un recuento de las pruebas aportadas, concluyendo que no se demostró el cumplimiento del deber de información por parte de la AFP PENSIONAR hoy SKANDIA S.A., pues en el interrogatorio de parte que depuso la demandante, no manifestó recibir tal información, luego, no se cumplió con dicha carga probatoria por parte del citado fondo, lo cual no se puede colegir del formulario de afiliación que suscribió en el traslado inicial de régimen, lo que conllevó a la declaratoria de la ineficacia del traslado y los posteriores traslados horizontales.

En esa medida, dispuso la consecuencial devolución a COLPENSIONES de los emolumentos causados en virtud de dicho acto jurídico por parte de SKANDIA S.A. dado que es la administradora en la cual se encuentra afiliada la actora en la actualidad. Además, declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas a las demandadas.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión SKANDIA S.A. la apeló. Al respecto, solicita se modifique el numeral segundo respecto a la orden de trasladar gastos de administración y seguros por invalidez y muerte, esto es, la prima por seguro previsional, ya que el Decreto 3995 de 2008 señala cuales son los conceptos que se deben retornar cuando se presenta un traslado entre regímenes, es cual es preciso en indicar que solo se deben trasladar los aportes y el fondo de garantía de pensión mínima, pero nada señala sobre los gastos de administración y los seguros previsionales, ya que la Ley 100 de 1993 ha establecido cual es el destino de los gastos de administración, los que por demás ya no están en su poder, además los seguros previsionales ya han sido trasladados a un tercero, por lo que solicita se revoque tal orden, luego, la que se debe hacer cargo de esos dineros es la aseguradora.

Refirió que en caso de confirmarse la decisión de instancia en tal sentido, solicita se estudie la figura de la prescripción frente a los gastos de administración y los seguros previsionales, conforme lo establece el artículo 1081 del Código de Comercio.

Por su parte, la demandada COLPENSIONES, en su alzada solicita se revoquen todas las condenas impartidas en su contra, ya que la acción se inició con el único fin de obtener beneficios económicos, más no por una falta información; de otro lado, el traslado ajustado a lo establecido en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, pues la actora prefirió trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad, y estando allí se trasladó a una administradora de ese régimen, de modo que existe una ratificación y un saneamiento de la supuesta nulidad que alega, pues el trámite lo realizó de manera libre y voluntaria y con conocimiento de causa, dada su relación familiar con el asesor de la AFP.

De otra parte, la ley establece que es un deber del afiliado del sistema general de pensiones estar pendiente de su estatus pensional, más si se tiene en cuenta que en su círculo familiar contaba con alguien experto en el tema pensional y que no es posible el traslado de régimen cuando se está a menos de diez años de cumplir la edad de pensión. En cuanto a la condena en costas señaló que ha actuado en estricto cumplimiento de un deber legal, por lo que es desproporcionado una condena en tal sentido, más aún cuando nada tuvo que ver con el negocio jurídico realizado entre la actora y los fondos privados.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

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

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

Acorde con lo anterior, en este punto cabe precisar que tal como lo concluyó la falladora de instancia el presente asunto debe ser analizado bajo la institución de las ineficacias y no del régimen de las nulidades, tal como lo indicó la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, entre otras, en sentencia SL1859-2022, con Radicación No. 90488 de 16 de mayo de 2022, en la que expuso; *"El examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, según las sentencias CSJ SL1688-2019; CSJ SL1689-2019; CSJ SL3464-2019 y CSJ SL1465-2021, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas de retornar las situaciones a su estado inicial, conforme lo indica el artículo 1746 del CC, como también se orientó en los fallos CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1421-2019, el primero reiterado en los CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019"*. Dicho esto, es diáfano que la Sala no ahondara en los argumentos expuestos por COLPENSIONES en su apelación, respecto a las particularidades de las nulidades.

Ahora, es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen

pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

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

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido".*

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *"ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial […] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior,*

se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto", criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

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

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

> *"Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento".*

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso no se aportó el formulario de afiliación que suscribió la actora el 26 de mayo de

1995, con SKANDIA S.A., la cual se hizo efectiva a partir del 1º de junio de esa misma anualidad como se aprecia de la certificación del SIAFP, en el cual igualmente se observa el traslados horizontal que realizó posteriormente a PORVENIR S.A., a su vez, de las pruebas allegadas por SKANDIA se evidencia el retorno de la actora a esa administradora (Folio 21 archivo 09 y Folios 34 a 52 archivo 13). No obstante, cabe mencionar que si en gracia de discusión obrara el formulario de afiliación, lo cierto es, que si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *"Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado".*

Por otra parte, la actora en la declaración de parte que depuso señaló que, en el momento del traslado de régimen laboraba para el BANCO DE CRÉDITO y allí se llevó a cabo una reunión con los asesores de PENSIONAR, quienes le dijeron que allí sus aportes tendrían mejores rendimientos, por ende, su pensión seria mejor, además le expusieron que la probabilidad de que el Seguro siguiera existiendo seria nula, por lo que suscribió de manera libre el formulario de afiliación a ese fondo.

De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna sobre el pleno suministro de una debida información; sin que obre en el plenario prueba que advierta una debida información de parte de PENSIONAR hoy SKANDIA S.A. al momento del traslado de la demandante según lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, luciendo evidente la carencia probatoria de esa encartada para soportar la inversión de la carga de la prueba que le asiste, lo cual por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

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

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

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

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

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración, respecto de los cuales hace alusión SKANDIA en su alzada, se debe memorar que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló al respecto:

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

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

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

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

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

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

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

> *"Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que PORVENIR S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a COLPENSIONES, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.*
>
> *"Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.*
>
> *"En esa línea, esta Sala de casación ha insistido en el traslado de los gastos de administración como efecto de la ineficacia, así se señaló en la sentencia CSJ SL 2877-2020:*
>
> *"[…] el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.*
>
> *"Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las*

circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.

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

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

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

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

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se predica de la pretensión consecuencial de la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión, lo que conlleva a que los argumentos de SKANDIA en tal sentido no gocen de prosperidad.

En lo atinente a la inconformidad que presenta COLPENSIONES respecto a la condena en costas impuestas en primera instancia, debe indicarse que el artículo 365 del C.G.P., aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., establece la imposición de esta figura para la parte vencida en juicio, luego, al haberse opuesto a las pretensiones de la demanda, es claro para la Sala la prosperidad de la condena en costas, pues resulta evidente que dicha encartada fue vencida en juicio. En efecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2461-2021, Radicación No. 82211 del 8 de junio de 2021, expuso sobre el particular:

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

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

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

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

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

Así las cosas, se adicionará y modificará la orden emitida en primera instancia, en tanto la misma, no incluyó porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y la indexación de las sumas a devolver. **SIN COSTAS** en esta instancia.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR los numerales primero y segundo de la sentencia proferida el 24 de octubre de 2022 por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, a fin de disponer:

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

indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo que estuvo afiliada a esa administradora.

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

De la misma forma, deberá proceder la demandada PORVENIR S.A., frente a la devolución a COLPENSIONES de los gastos de administración de los aportes efectuados por la demandante mientras estuvo afiliada a esa administradora.

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

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **28 2021 00266 01**
Demandante:	GUIOMAR LÓPEZ FLÓREZ
Demandados:	COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

AUTO:

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada COLPENSIONES en contra de la sentencia proferida el 10 de octubre de 2022 por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora GUIMAR LÓPEZ GÓMEZ promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., a fin que se declare la ineficacia

del traslado efectuado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la encartada PROTECCIÓN S.A., por lo que siempre estuvo afiliada en el régimen público administrado por COLPENSIONES.

Por consiguiente, se condene a PROTECCIÓN S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES el monto total existente en su cuenta de ahorro individual, más los rendimientos, intereses y demás frutos generados, como también los gastos de administración y rubros que hubiese recibido a título de cotizaciones, más lo que resulta probado en uso de las facultades *ultra* y *extra petita.*

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, sostuvo que estuvo afiliada en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y cotizó para los riesgos de invalidez, vejez y muerte inicialmente en el ISS.

Que gestores de la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., promovieron sin brindarle información suficiente, acciones tendientes a que se trasladase desde el Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a partir del mes de septiembre de 2000.

Refirió que al momento del traslado, no le fueron proporcionadas las respectivas ilustraciones y/o informaciones propias que debe proveerse a un individuo previo al momento de ser afiliado o trasladado de régimen pensional, tales como los cálculos y proyecciones referentes a su futuro pensional, más las implicaciones que el cambio de régimen conllevaría.

Asimismo, expuso que el asesor de entonces le comunicó que el ISS se extinguiría, no le fueron realizados cálculos o proyecciones respecto a su futuro pensional, como tampoco sobre las consecuencias que le acarrearía el traslado, entre otros aspectos de desinformación.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PROTECCIÓN S.A. contestó la demanda con el argumento que al momento del traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, se le efectuó una asesoría adecuada, correcta y suficiente, afiliación que constituye un acto jurídico válido que produce efectos hasta la actualidad toda vez que se dio en estricto cumplimiento de la normativa vigente en los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el Decreto 692 de 1994.

Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro provisional cuando se declara la nulidad y/o afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica.

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de pretensiones, argumentando que el traslado realizado por la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se encuentra ajustado a lo preceptuado en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, toda vez que la actora prefirió trasladarse al régimen privado e igualmente, allí cambió de AFP, lo que significa que existe una ratificación tácita en los términos del artículo 1754 del Código Civil, y un perfeccionamiento del acto según el artículo 898 del Código de Comercio, como quiera que aceptó las condiciones que hacen parte de dicho régimen.

Adicionalmente, indicó que el Decreto 2255 de 2010 en su artículo 2.6.10.14 expresa que es un deber legal como afiliado del sistema general de pensiones estar pendiente de su estatus pensional, máxime si se tiene en cuenta que el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad del requisito pensional.

Formuló como medios exceptivos los denominados inexistencia afectación por protección judicial – sentencia SL373-2021, perfeccionamiento actos de relacionamiento, perfeccionamiento del acto inexistente, saneamiento nulidad, protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, inexistencia

del derecho, pago de lo no debido, prescripción y caducidad y la innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

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

> *"**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora **GUIOMAR LÓPEZ FLÓREZ** al régimen de ahorro individual con solidaridad de fecha **01 de julio del 2000**, por intermedio de la **AFP PROTECCIÓN S.A.** y, en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado hoy por **COLPENSIONES**, tal como se dijo en las consideraciones de esta sentencia.*
>
> ***"SEGUNDO: CONDENAR** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la señora **GUIOMAR LÓPEZ FLÓREZ** identificada con **C.C. 28738560** a **COLPENSIONES**.*
>
> ***"TERCERO: CONDENAR** a la **Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES** a activar la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral.*
>
> ***"CUARTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.*
>
> ***"QUINTO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA** a cargo de las **AFP PROTECCIÓN** y **COLPENSIONES**. Se señala como agencias en derecho la suma de **$1.000.000** a cargo de cada una de ellas, y a favor de la parte actora.*
>
> ***"SEXTO:** En caso de no ser apelada la presente decisión, **CONSÚLTESE CON EL SUPERIOR**, por ser adversa a los intereses de **COLPENSIONES**."*

Para arribar a dicha conclusión, la *a-quo* expuso que estaba probado que la actora estuvo afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por ISS, y que posteriormente se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en el mes de mayo del año 2000, el cual se hizo efectivo a través de ING PENSIONES Y CESANTÍAS hoy PROTECCIÓN S.A.

De otro lado, expuso que el presente caso, debe abordarse bajo la institución de ineficacia según lo normado en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y los postulados jurisprudenciales emanados de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sin que lo pueda ser a través del régimen de las nulidades, pues resulta desbordado pedir al afiliado que demuestre el vicio en el consentimiento a través de error, la fuerza o el dolo.

Acorde con lo anterior, refirió que a las AFP les corresponde la carga de acreditar la información suministrada para efectuar el traslado de régimen, esto es, si brindó una información veraz, completa y oportuna, diferenciando entre uno y otro régimen, así como las ventajas y desventajas, a efectos de garantizar la libertad de elección al potencial afiliado.

Teniendo en cuenta lo anterior, realizó un recuento de las pruebas aportadas, concluyendo que no se demostró el deber de información por parte de la AFP PROTECCIÓN S.A., pues en el interrogatorio de parte que depuso la demandante, no manifestó recibir tal información, luego, no se cumplió con dicha carga probatoria por parte del citado fondo, lo cual no se puede colegir del formulario de afiliación que suscribió en el traslado inicial de régimen, lo que conllevó a la declaratoria de la ineficacia del traslado.

En esa medida, dispuso la consecuencial devolución a COLPENSIONES de los emolumentos causados en virtud de dicho acto jurídico por parte de PROTECCIÓN S.A., dado que es la administradora en la cual se encuentra afiliada la actora en la actualidad. Además, declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas a las demandadas.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión COLPENSIONES la apeló. Indicó en su alzada que no es posible que la demandante pueda retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues la solicitud debió elevarse cuando le faltaban más de 10 años para cumplir la edad pensional, pues de lo contrario, resulta evidente es que dicha solicitud se encuentre en contravía de lo preceptuado en la normativa vigente.

Que el artículo 1509 del Código Civil expresa que el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, concordante con el artículo 9º de la misma norma que expresa que la ignorancia de las leyes no sirve de excusa.

Por último, refirió existir oposición a la condena en costas determinada por la operadora de instancia, en la medida que no estuvo inmersa en la celebración del negocio jurídico de la demandante con PROTECCIÓN S.A., máxime si en el presente asunto está demostrada la buena fe como entidad, adicional a que según lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Política, los recursos de las entidades de seguridad social solo deben destinarse para tal fin.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de

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

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

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

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente

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

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *"ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto",* criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

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

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

> *"Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento".*

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, o si se trasladó de manera horizontal, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que efectuó la actora el 9 de mayo de 2000 con destino a la AFP SANTANDER PENSIONES Y CESANTÍAS hoy PROTECCIÓN S.A., efectiva a partir del 1º de julio de 2000 según se aprecia de la certificación del SIAFP (Fls. 35 a 36 – PDF 09 – CONTESTACIÓN PROTECCIÓN S.A. – PROCESO DIGITAL), formulario que si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *"Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado".*

Por otra parte, la actora en la declaración de parte que depuso señaló que su traslado de régimen obedeció a la suscripción del formulario de afiliación que en su momento realizó un asesor de la AFP SANTANDER, cuando era trabajadora al servicio de la DIAN, pero dejando de presente que en ningún momento se le suministró una información pormenorizada sobre los aspectos que conllevaría el traslado, como tampoco las ventajas y desventajas de cada régimen pensional; por el contrario, lo que adujo fue que el asesor de entonces a través de una reunión grupal, le informó tanto a ella como a un grupo de compañeros que el ISS se extinguiría.

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

Tampoco puede perderse de vista el hecho de que la Representante Legal de PROTECCIÓN S.A. indicó en el interrogatorio de parte rendido, que además del formulario de afiliación que evidencia el cambio de régimen pensional, no existe prueba documental aluna que advierta la presunta asesoría para la época.

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

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

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

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

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón a la falladora de instancia al declarar la ineficacia del traslado, dado que la AFP PROTECCIÓN S.A. no probó

el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen del promotor.

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

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

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

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

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

En otro giro, respecto a una posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera, debe indicarse que, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En lo atinente a la inconformidad que presenta la COLPENSIONES frente a la absolución de condena en costas, en primera instancia debe indicarse que el

artículo 365 del C.G.P., aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., establece la imposición de esta figura para la parte vencida en juicio.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2461-2021, Radicación No. 82211 del 8 de junio de 2021, señaló:

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

De esa forma, al haber sido evidente que esa accionada se opuso a las pretensiones de la demanda, además, fue condena a recibir los dineros producto de la declaratoria de la ineficacia del traslado, y se dispuso que debe afiliar a la actora al régimen que administra y actualizar la historia laboral de éste; es claro para la Sala la prosperidad de la condena en costas de primera instancia no solo a cargo del fondo privado, sino también de COLPENSIONES, pues resulta evidente que fue vencida en juicio.

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

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

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

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

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR los numerales segundo y tercero de la sentencia proferida el 10 de octubre de 2022 por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, a fin de disponer:

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

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

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

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **35 2021 00479 01**
Demandante:	BIBIANA DEVIA CAMELO
Demandados:	COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

AUTO:

Se reconoce personería en representación de COLPENSIONES, a la abogada LEIDY CAROLINA FUENTES SUÁREZ, identificada con cédula de ciudadanía 1.049.614.551 y T.P. 246.554 del C. S. de la Jusitacuta, en los términos y fines del poder a ella conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A. en contra de la sentencia proferida el 24 de junio de 2022 por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora BIBIANA DEVIA CAMELO promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A., con la finalidad que se declare la ineficacia de la afiliación que realizó a COLFONDOS S.A. el 10 de diciembre de 1996 y a PORVENIR S.A. el 20 de abril de 1999.

En consecuencia, se ordene a PORVENIR S.A. la traslade a COLPENSIONES junto con todos los valores que hubiera recibido por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora y todos sus frutos, intereses y rendimientos causados, igualmente, se ordene a COLPENSIONES la reciba como afiliada sin solución de continuidad en el régimen que administra, y se condene a lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus aspiraciones, refirió que nació el 2 de abril de 1968, y realizó cotizaciones al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES desde el 9 de julio de 1987 hasta el 23 de diciembre de 1996. Seguidamente, narró que se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad el 10 de diciembre de 1996 a través de COLFONDOS S.A.

Adujo que, COLFONDOS S.A. no le informó de manera clara y por escrito sobre el derecho de retracto que le asistía, ni le proporcionó una asesoría profesional, clara, suficiente y oportuna, de modo tal, que le permitiera comprender los requisitos, condiciones y riesgos de ambos regímenes pensionales, misma situación que persistió con PORVENIR S.A., en la afiliación que llevó a cabo el 20 de abril de 1999, fondo en el cual se encuentra afiliada en la actualidad, y sin que le haya sido recocida prestación pensional alguna.

Expuso que, para la época de su traslado de régimen pensional los fondos privados no habían implementado programas de capacitación para sus promotores, y que además no le informaron sobre la prohibición de traslado de régimen después de cumplir la edad de 47 años. Finalmente, refirió que solicitó a los fondos privados convocados a juicio anular su afiliación a esas administradoras y a COLPENSIONES que la recibiera como afiliada,

pedimentos que fueron despachados de manera negativa por las encartadas. (Archivo 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLFONDOS S.A., contestó con oposición a las pretensiones de la demanda, aduciendo que la afiliación de la actora al RAIS fue producto del ejercicio de su derecho a la libre escogencia del fondo de pensiones, siendo su elección el RAIS. Además, los asesores de esa administradora brindaron a la demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su traslado horizontal, las características, ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales; luego, no se puede concluir que el traslado es nulo, pues el acto cumplió con todos los presupuestos de ley.

Como excepciones formuló las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, la innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y compensación y pago. (Archivo 07).

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones de la demanda, señalando que dentro del expediente no obra prueba alguna que permita concluir que se le hizo incurrir en error a la actora por parte de la AFP, o que se está en presencia de algún vicio del consentimiento, igualmente, no obra evidencia de algún reclamo que ésta hubiese elevado al respecto, al contrario se observa que las documentales se encuentra sujetas a derecho, y que el traslado se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, igualmente, la gestora no cumple con los requisitos de la sentencia SU062 de 2010 y se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado.

Propuso las excepciones de mérito de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho de regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de la causal

de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia del pago de costas en Instituciones Administradoras de Seguridad Social del orden público y la innominada o genérica. (Archivo 08).

PORVENIR S.A., se opuso a las pretensiones del petitum. Al respecto, señaló que el traslado de régimen pensional de la demandante al RAIS fue completamente válido, ya que estuvo precedido de una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna de toda la información pertinente y necesaria, razón por la cual es improcedente declarar un error de hecho, cuando en realidad lo que se alega aquí es un error de derecho frente a las condiciones que están determinadas en la normatividad de público conocimiento, además no se aporta prueba alguna que permita inferir que el traslado de régimen se dio bajo algún vicio del consentimiento que indique que es nulo, por ende, no es dable retrotraer la afiliación efectuada al RAIS.

Como excepciones formuló las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (Archivo 13).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 24 de junio de 2022, resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado efectuado BIBIANA DEVIA CAMELO, al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con la AFP COLFONDOS S.A., y como consecuencia de ello, se ordena a PORVENIR S.A, a trasladar a COLPENSIONES, todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses junto con sus rendimientos.*
>
> *SEGUNDO: CONDENAR a COLFONDOS S.A y PORVENIR S.A a pagar con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión de la demandante por los gastos de administración, conforme al tiempo que este permaneció afiliado en el fondo privado, tal como se advirtió en la parte motiva de esta sentencia.*
>
> *TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a volver a afiliar a BIBIANA DEVIA CAMELO al régimen de prima media con prestación definida y recibir todos los aportes que ésta hubiese efectuado a la administradora de pensiones y cesantías PORVENIR S.A.*

CUARTO: CONDENAR EN COSTAS a la demandada AFP COLFONDOS S.A. (…)"

Para arribar a dicha conclusión, expuso el *a quo* que según lo adoctrinado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, resulta aplicable la inversión de la carga probatoria respecto de las AFP en tratándose de ineficacias de traslado, por lo que le correspondía a COLFONDOS S.A. demostrar que para la fecha del traslado de la demandante le suministró una información y buen consejo sobre las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales existentes, aspectos que no se probaron que se hubiesen suministrado al momento del traslado de régimen; circunstancia por la cual declaró la ineficacia del traslado.

También hizo alusión que al prosperar la ineficacia del traslado y según lo dispuesto por el órgano de cierre, resulta procedente entre otros conceptos, la devolución por parte de PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. de los gastos de administración con cargo a sus propias utilidades, y declaró no probadas las excepciones propuestas por las accionadas, condenando en costas a COLFONDOS.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión COLPENSIONES la apeló. Al respecto, indicó que, según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, nadie puede resultar subsidiado por los recursos aportados de manera obligatoria por los otros afiliados de este esquema, dado que el régimen solidario de prima media con prestación definida se descapitalizaría al permitir que personas que no han contribuido al mismo se beneficien de tales cotizaciones.

Igualmente, solicita que en caso de confirmarse la sentencia primera instancia, se ordene a los fondos no descontar lo correspondiente a seguros de invalidez, vejez y sobrevivencia, todo es que esto contribuiría con la capitalización del sistema pensional. Igualmente, dijo que es un tercero de buena fe por lo que solicita no se condene en costas en segunda instancia.

Por su parte, PORVENIR S.A. expuso que si bien es cierto existe una línea jurisprudencia definida en los presentes asuntos, también se ha dicho que la

misma debe ser aplicada de manera diferenciada de acuerdo con los supuestos fácticos de cada caso en concreto, lo cual, en el presente asunto no se cumple, ya que la demandante se afilio de manera libre y voluntaria a ese fondo privado, además no existen razones de hecho ni derecho que conlleve a la ineficacia del traslado, pues el formulario de afiliación demuestra lo contrario, al contrario existió una falta a los deberes que como afiliada le incumben.

Refirió que no es procedente la devolución de los gastos de administración, pues ello implicaría un enriquecimiento sin justa causa de la actora, más si se tiene en cuenta que esas sumas tienen una destinación legal, los cuales ya no están en su poder, sucediendo lo mismo frente a los seguros previsionales, por lo que solicita se revoque las condenas impuestas en su contra.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

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

Acorde con lo anterior, en este punto cabe precisar que el presente asunto debe ser analizado bajo la institución de las ineficacias y no del régimen de las nulidades, tal como lo indicó la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, entre otras, en sentencia SL1859-2022, con Radicación No. 90488 de 16 de mayo de 2022, en la que expuso; *"El examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, según las sentencias CSJ SL1688-2019; CSJ SL1689-2019; CSJ SL3464-2019 y CSJ SL1465-2021, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas de retornar las situaciones a su estado inicial, conforme lo indica el artículo 1746 del CC, como también se orientó en los fallos CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1421-2019, el primero reiterado en los CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019"*. Dicho esto, es diáfano que la Sala no ahondara en cualquier argumento expuesto sobre el particular.

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

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

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

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido".*

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *"ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna*

de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto", criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

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

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

> *"Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento".*

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que suscribió la actora el 10 de diciembre de 1996 con COLFONDOS S.A., la cual se hizo efectiva a partir del 1º de febrero de 1997 como se aprecia de la certificación del SIAFP, en el cual igualmente se observa el traslado horizontal que realizó posteriormente a PORVENIR S.A. (Folios 15 y 16 archivo 07 y Folio 120 archivo 13), formulario de afiliación que si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *"Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado".*

Por otra parte, la actora en la declaración de parte que depuso señaló que, se trasladó en 1996 cuando laboraba como vendedora para la COMPAÑÍA LATINOAMERICANA DE SOFTWARE, que allí una persona de Recursos Humanos los reunió y les mencionó que el ISS se iba a liquidar, por ende, no accedería a la pensión.

De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna sobre el pleno suministro de una debida información; además no obra en el plenario prueba que advierta una debida información de parte de COLFONDOS S.A. al momento del traslado de la demandante según lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, luciendo evidente la carencia probatoria de esa encartada para soportar la inversión de la carga de la prueba que le asiste, lo cual por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

Ahora bien, tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *"la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las*

Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:

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

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado a la actora para el año 1996, una *"Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye*

dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales".

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

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración, respecto de los cuales hace alusión PORVENIR S.A. en su alzada, se debe memorar que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló al respecto:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR los numerales primero y segundo de la sentencia proferida el 24 de junio de 2022 por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, a fin de disponer:

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

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

De la misma forma, deberá proceder la demandada COLFONDOS S.A., frente a la devolución a COLPENSIONES de los gastos de administración de los aportes efectuados por la demandante mientras estuvo afiliada a esa administradora.

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

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **36 2018 00701 01**
Demandante:	AMANDA GARCÍA ABRIL
Demandados:	COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, en contra de la sentencia proferida el 25 de julio de 2022 por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora AMANDA GARCÍA ABRIL promovió demanda ordinaria en contra de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., a fin de declararse la nulidad del traslado y afiliación del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por PROTECCIÓN S.A., para que se disponga su retorno al régimen público administrado por COLPENSIONES.

Como pretensiones subsidiarias, se ordene a PROTECCIÓN S.A. trasladar con destino a COLPENSIONES todas las cotizaciones y rendimientos financieros que reposan en su cuenta de ahorro individual, lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita* y costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 27 de febrero de 1959, iniciando sus cotizaciones en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde febrero de 1979 por intermedio del antiguo ISS.

Que en el mes de octubre de 1994 fue abordada por un asesor de PROTECCIÓN S.A., quien la persuadió con información errada y sin ningún tipo de asesoría profesional en la materia a efectos de realizar el traslado de régimen pensional.

Expuso que el asesor le indicó que si se trasladaba al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad tendría derecho a un bono pensional que podría utilizar a su antojo en el momento que quisiera, pero nunca se le explicó la definición del bono pensional, que obtendría una pensión a cualquier edad y que en caso de fallecer la prestación podría heredarse.

Que no se le informó sobre las modalidades pensionales en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, cómo se calcularía su pensión, cuál era su ingreso base de cotización, entre otros aspectos de desinformación.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición de las pretensiones formuladas en su contra, argumentando que la afiliación de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no evidencia que se haya llevado a cabo bajo circunstancias que viciaran el consentimiento de la demandante al momento de suscribir el contrato de administración de pensiones obligatorias a través de PROTECCIÓN S.A., en la medida que el traslado se realizó de manera voluntaria y consiente de conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Propuso las excepciones de inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, inexistencia del derecho y de la obligación a cargo de COLPENSIONES, prescripción, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, cobro de lo no debido, buena fe, no configuración de intereses moratorios e indexación, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 de la Constitución Política adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005, compensación y la innominada o genérica.

PROTECCIÓN S.A. adujo en su contestación que a la demandante le fue brindada una asesoría en todos sus aspectos, específicamente a la totalidad del sistema general de pensiones, donde se le explicaron las características de los regímenes pensionales, las diferencias, la forma de adquirir una pensión en uno y otro, las consecuencias del traslado y todos los aspectos necesarios para que la misma pudiera tener claridad respecto de su panorama pensional, esto con el fin que la actora tomara libremente la decisión de vincularse o no este régimen, pero no de manera impuesta como así lo pretende la accionante.

Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, innominada o genérica, inexistencia de la obligación y devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o la afiliación por falta de causa.

El Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá en diligencia de que trata el artículo 77 del C.P.T. y de la S.S. llevada a cabo el 24 de noviembre de 2020, y en virtud de la excepción previa denominada falta de integración del litisconsorcio necesario por pasiva respecto de LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, vinculó a dicho ente ministerial por cuanto se advirtió que había expedido y redimido un bono pensional tipo A para efectos de una pensión de vejez en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad respecto de la demandante. A pesar de ello, en proveído adiado el

21 de enero de 2022 se le tuvo por no contestada la demanda al no haber acreditado escrito alguno.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 25 de julio de 2022 dispuso:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** la **INEFICACIA** del traslado efectuado por la señora AMANDA GARCÍA ABRIL del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, que se hizo efectivo el 1° de octubre de 1994 a través de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.*
>
> ***SEGUNDO: ORDENAR** a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., normalizar la afiliación de la actora en el Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensión SIAFP y entregar el archivo y el detalle de aportes realizados durante la permanencia en el RAIS y trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, los valores descontados de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluidos los rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones. LLGL Incluidos 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.*
>
> ***TERCERO: ORDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir e imputar, una vez recibidos los aportes a la historia laboral de la demandante.*
>
> ***CUARTO: DECLARAR** no probada la excepción de prescripción.*
>
> ***QUINTO: ABSOLVER** a la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO – OFICINA DE BONOS PENSIONALES de las pretensiones de la demanda.*
>
> ***SEXTO: CONDENAR** en COSTAS a PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES. Liquídense como agencias en derecho con la suma de un (1) SMLMV a cargo cada una de ellas.*
>
> ***SÉPTIMO: CONSÚLTESE** con el Superior la presente sentencia, en favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, conforme lo dispone el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S."*

Para arribar a dicha conclusión adujo la *a-quo* que el deber de información se encuentra en cabeza de las administradoras desde la expedición de la Ley 100 de 1993, la que en el literal d) del artículo 13 establece el derecho de libre elección de régimen pensional; además el artículo 97 numeral 1º del Decreto

663 de 1993, establece el deber de información. A su vez expuso que, de conformidad con lo adoctrinado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en inicio se había establecido que procedía la nulidad de traslado de régimen pensional cuando se comprobara que las administradoras de pensiones no habían acatado el deber de información antes enunciado, sin embargo, posteriormente en sentencia SL1421-2019 se dijo que las consecuencias de un traslado desinformado no era la nulidad del traslado sino la ineficacia de este acorde lo establecía la Ley 100 de 1993, entre otras y que constituyen doctrina probable.

Seguidamente, expuso que al tenor de lo consagrado en la sentencia SL1055-2022, fueron traídas a colación unas sub reglas bajo el parámetro de la debida información que deben suministrar las administradoras pensionales a sus potenciales afiliados como son: (i) el cumplimiento del deber de información no se agota con la suscripción del formulario de afiliación, (ii) la carga probatoria consistente en acreditar el cumplimiento del deber de información se encuentra en cabeza de la AFP, (iii) no es necesario que la persona sea beneficiaria del régimen de transición para que proceda la ineficacia por el incumplimiento en el deber de información, (iv) no se requiere acreditar la configuración de un perjuicio, (v) el hecho tal de que un argumento del afiliado consista en que obtendrá una mejor pensión en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida no implica que no proceda la ineficacia, (vi) el incumplimiento del deber de información no se analiza desde el régimen de las nulidades sino desde la ineficacia, (vii) aunque el afiliado se traslade entre AFP tal situación no desdibuja el cumplimiento del deber de información.

De otra parte, sostuvo que la Corte Suprema de Justicia también ha referido que en el caso de aquellas personas que se encuentren pensionadas, resulte inoperante el estudio de la ineficacia del traslado como quiera que bajo este escenario ya existe un derecho consolidado.

En ese orden ideas, concluyó que por pasiva no se demostró el cumplimiento del deber de información, por lo que resulta procedente la devolución por parte de PROTECCIÓN S.A. a la administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida los valores de acumulados en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos y bonos pensionales, los gastos de

administración y comisiones, incluyendo el costo de las primas de seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deben ser indexadas a la fecha de su pago. De otra parte, señaló que la acción de ineficacia del traslado de régimen era imprescriptible.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión COLPENSIONES la apeló. Indicó que para el caso de marras no se acreditó la falta de información o la existencia de vicios del consentimiento que conlleve a invalidar o dejar sin efectos el traslado de régimen pensional realizado por la demandante; por el contrario, se encuentra plenamente acreditado que la afiliación de la actora con PROTECCIÓN S.A. se llevó a cabo de manera libre, consiente y voluntaria, de ahí se hubiese dado cumplimiento a las obligaciones que se exigían en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 663 de la misma anualidad.

Que debe tenerse en cuenta que si bien es cierto la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que todos los afiliados deben recibir una información adecuada y precisa respecto de las características de cada régimen pensional a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, también es importante poner de presente que el deber de asesoría y buen consejo ha evolucionado con el paso del tiempo, pero a pesar de ello, para el año de 1994 para ese deber de información no era imperativo realizar proyecciones pensionales, pues las prestaciones que se conceden en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad varía conforme a los aportes, al IBC, rendimientos y demás fluctuaciones del mercado, aunado a que deben tenerse en cuenta los actos de relacionamiento.

Por último, sostuvo que debe ser absuelta en lo que atañe en costas procesales.

De otra parte, LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDO Y CRÉDITO PÚBLICO interpuso recurso de apelación bajo el entendido que resulta adversa dicha sentencia a sus intereses, toda vez que se ordenó el traslado del bono pensional con destino a COLPENSIONES, situación equívoca por cuanto los recursos del bono deben retornarse ante sus dependencias en la medida que hacen parte del presupuesto general de La Nación y del sistema general de pensiones.

Siguiendo su argumento, adujo que las pensiones en COLPENSIONES no se financian con el bono pensional tipo A, puesto que los mismos únicamente financian prestaciones pensionales dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad de conformidad con lo preceptuado en el Decreto 1748 de 1995 hoy compilado en el Decreto 1833 de 2016, sumado a que, en el escenario de marras no se presenta la existencia de un bono tipo B, ni tipo T, por lo que el bono pensional de la demandante debe anularse.

Que atendiendo el artículo 230 de la Constitución Política, los Jueces de la República no pueden sobrepasar la ley sobre la jurisprudencia, de ahí que deba operar la legalidad dispuesta en el Decreto 1833 de 2016.

Por otra parte, arguyó que la operadora de instancia desconoció el precedente vertical, como quiera que no se tuvo en cuenta que atendiendo la sentencia emanada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia dentro de la sentencia SL373-2021, no relata que la persona afiliada deba empezar a disfrutar la pensión, sino que basta con que se configure su calidad de pensionada, es decir, que ya se le haya reconocido la prestación por parte de la administradora pensional.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

Asimismo, la Sala deberá auscultar si resulta procedente el reintegro del bono pensional alegado por LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.

c. Del caso en concreto:

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

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

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

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

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

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido".*

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *"ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial […] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y*

consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto", criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

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

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

> *"Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento".*

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fue aportado el formulario de afiliación que efectuara la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. el 27 de septiembre de 1994 (Fls. 52 y 188 – PDF 01 – EXPEDIENTE DIGITAL), formulario que, si bien refieren que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acreditan que en efecto se haya suministrado la información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *"Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado".*

Por otra parte, la aquí demandante señora AMANDA GARCÍA ABRIL en el interrogatorio no confesó situación alguna de que al momento del traslado que hiciera al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la extinta COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. se le hubiese brindado una asesoría ajustada a derecho, incluido tal aspecto sobre las implicaciones, ventajas y desventajas entre ambos regímenes pensionales, entre otras situaciones de asesoría que entendiera de manera fehaciente la total información suministrada; por el contrario, lo que manifestó fue que incluso el empleador de entonces fue quien tramitó con la AFP el traslado, de allí que se pueda colegir la notoria falta de información por parte de la hoy PROTECCIÓN S.A. por cuanto no se obtuvo confesión alguna de la debida asesoría al tenor de los preceptos emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, carga probatoria que por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

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

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

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

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado al actor para el año 1994, una *"Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*".

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

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

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

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

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

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

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

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

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

> *"Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia*

que PORVENIR S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a COLPENSIONES, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Así las cosas, es evidente que los gastos de administración deban indexarse, más aún cuando tal aspecto en manera alguna se compensa por los rendimientos, como lo señala la AFP. Así las cosas, la sentencia será confirmada.

Sumado a lo anterior, pone de presente la Sala que si bien la Alta Corporación determinó en la sentencia SL373-2022, Radiación No. 87085 del 7 de febrero de 2022 que resulta inoperante la aplicabilidad del estudio de la ineficacia para aquellas personas que ostentan una pensión de vejez por cuanto gozan de un derecho consolidado, contrario a lo manifestado por LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, no puede estimar que por el hecho de que a la demandante en algún momento PROTECCIÓN S.A. le iba a reconocer pensión, la cual no se efectivizó, esa situación pueda interpretarse como un talante para negar la ineficacia, toda vez que al no haberse hecho exigible la prestación, es precisamente que el órgano de cierre interpretó que la carga de una debida información de las AFP para sus potenciales afiliados debía permanecer en circunstancias como el presente asunto, tópico por lo que debe despacharse desfavorable el argumento enlistado por el ente ministerial.

En lo atinente a la inconformidad que presenta la parte actora, frente a la absolución a la demandada COLPENSIONES de condena en costas en primera instancia, debe indicarse que el artículo 365 del C.G.P., aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., establece la imposición de esta figura para la parte vencida en juicio.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2461-2021, Radicación No. 82211 del 8 de junio de 2021, señaló:

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

De esa forma, al haber sido evidente que esa accionada se opuso a las pretensiones de la demanda, además, fue condena a recibir los dineros producto de la declaratoria de la ineficacia del traslado, y se dispuso que debe afiliar al actor al régimen que administra y actualizar la historia laboral de éste; es claro para la Sala la prosperidad de la condena en costas de primera instancia no solo a cargo del fondo privado, sino también de COLPENSIONES, pues resulta evidente que fue vencida en juicio, en tal sentido se adicionará el numeral quinto de la sentencia de primer grado.

Del reintegro del bono pensional tipo A alegado por LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.

Como lo refirió el ente ministerial en su alzada, alega que debe reintegrársele el bono tipo A que se redimió y expidió a favor de la demandante y con destino

a PROTECCIÓN S.A., ello por cuanto a la demandante en su momento le sería reconocida una pensión en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Pues bien, advierta la Sala que no goza de prosperidad las súplicas del ente ministerial, como quiera que clara ha sido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en advertir que, al producirse el traslado, una de las contingencias a efectos de sufragar prestaciones en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida es el retorno de bonos pensionales. Para mayor ilustración, la Corte en un caso similar al que nos ocupa, en sentencia SL2515-2022, Radicación No. 83574 del 13 de julio de 2022 expuso:

> *"Los artículos 113, 114 y 115 de la Ley 100 de 1993, son disposiciones que consagran los traslados entre regímenes y lo concerniente a los bonos pensionales y sus trámites que, en todo caso, deben asumir interna y administrativamente las entidades administradoras de pensiones.*
>
> *Es decir, que al declararse la ineficacia del traslado del actor del RPM al RAIS y como consecuencia de ello se ordenó la devolución de aportes a pensión realizados por el afiliado, los rendimientos, frutos, intereses, cuotas de administración, «bonos pensionales» entre otros, es menester precisar, que como quiera que el título pensional fue emitido, liquidado y redimido su valor de $240.548.000 y consignado en la cuenta de ahorro individual a favor del afiliado, dicho monto integra los recursos, cuya finalidad es la financiación de la prestación de vejez del actor en el RPM administrado por Colpensiones, objetivo del proceso y de la condena impuesta por el Tribunal, no es posible el reintegro del referido valor representado en el aludido bono pensional.*
>
> *De la mencionada orden contenida en el fallo cuestionado, no se desprende ningún yerro del juez de segunda instancia, y tampoco la imposibilidad para que Protección S.A., cumpla con lo decidido por dicha autoridad judicial, pues en manera alguna se desconoció que para la financiación de la pensión de vejez del demandante, a quien se le habían trasladado sus aportes mediante el título pensional emitido por la OBP del Ministerio recurrente a la AFP Protección S.A., esta debía remitir a Colpensiones el valor de $240.548.000, representados en el bono pensional liquidado y remitido que recibió, por haber ingresado a la cuenta de ahorro individual del actor de la que hace parte, además de las cotizaciones y demás emolumentos, que se efectuaron durante el tiempo en que estuvo vinculado a aquella.*
>
> *En línea con lo expuesto, esta Corte en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989 reiterada en CSJ SL4989-2018, señaló:*
>
> *Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó:*

[…]

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

El criterio expuesto fue reiterado en las sentencias CSJ SL4175-2021 y SL1565-2022, en los siguientes términos:

Por tal razón, esa declaratoria obliga a las entidades del RAIS a devolver todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, ya que los mismos serán utilizados para la financiación de la prestación pensional a que tenga derecho el afiliado en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones del saldo de la cuenta individual, sus rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados por los fondos privados a título de gastos de administración y comisiones, incluidos los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas, pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones (CSJ SL2877-2020, CSJ SL5595-2021).

[…].

Y en la CSJ SL1499-2022, también se dijo:
[…].

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

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

[…].

Conforme lo anterior, el Tribunal acertó en cuanto estableció que los fondos privados accionados deben retornar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos por concepto de «aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual», sin descontar valor alguno por «cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima» (Subrayas fuera de texto).

De todo lo discurrido, colige esta Sala, que no se encuentran demostrados los yerros jurídicos ni fácticos enrostrados por la censura, toda vez que la sentencia atacada fue proferida bajo los criterios de Corte, razón por la cual los cargos resultan infundados."

Es así como no goza de prosperidad este punto de apelación y, en tal sentido, la decisión de primera instancia habrá de confirmarse en su integridad. **SIN COSTAS** en esta instancia.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el el 25 de julio de 2022 por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **37 2019 00714 01**
Demandante:	LAUDICE RUIZ SALINAS
Demandados:	COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., en contra de la sentencia proferida el 15 de septiembre de 2022 por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora LAUDICE RUÍZ SALINAS promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., a fin de declararse que el día 18 de agosto de 1984 manifestó su voluntad en forma libre, espontánea y sin presiones de permanecer afiliada en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida que en su momento administraba el ISS.

Asimismo, se declare que por haber solicitado su traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad,

incurrió en la figura de multivinculación al no haber cumplido con el término mínimo legal de permanencia de tres años en el régimen público, contabilizados a partir de la fecha en que ratificó su voluntad de permanecer afiliada al ISS de conformidad con lo establecido en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, norma vigente hasta el año 2003. De igual manera, se declare que según lo dispuesto en el Decreto 3995 de 2008 queda asignada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado en la actualidad por COLPENSIONES.

Por consiguiente, se le ordene a PORVENIR S.A. remitir con destino a COLPENSIONES la totalidad de los aportes efectuados en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, junto con los rendimientos financieros causados, así como toda la información necesaria para la actualización de su historia laboral y el pago costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, sostuvo que según da cuenta el formulario de afiliación emitido por COLPENSIONES, el 22 de agosto de 1984 fue asignada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad de conformidad con lo establecido en el artículo 2º del Decreto 3995 de 2008, afiliada con mayor número de cotizaciones entre el 1º de julio y el 31 de diciembre de 2007, sumado a que, el mismo certificado advierte que presenta dos fechas salientes del ISS, como lo son el 9 de noviembre de 1984 y la segunda con destino a PORVENIR S.A. el 1º de febrero de 1999.

A pesar de ello, confrontada su historia laboral, se puede afirmar que la primera de las fechas indicadas, esto es, 9 de noviembre de 1984, no corresponde al primer traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sino que es la fecha de la vinculación inicial al régimen de pensiones que en su momento administraba el ISS.

Que como prueba de lo anterior, se tiene que la historia laboral expedida por COLPENSIONES figura como fecha de afiliación el 8 de agosto de 1984, fecha anterior a la calenda cuando entró en vigencia el sistema general de pensiones,

esto es, 1º de abril de 1994, de allí que se constituya la figura de multivinculación al tenor de lo consagrado en el artículo 2º del Decreto 3995 de 2008.

Al unísono, sostuvo que tanto PORVENIR S.A. como COLPENSIONES omitieron en su oportunidad comunicarle que había sido asignada al RAIS con base en lo preceptuado en el mentado Decreto 3995 de 2008, para que en ejercicio de contradicción y defensa regulado en el numeral 2º del artículo 10 del mismo Decreto, hubiese podido presentar pruebas con el fin de controvertir la decisión tomada por el comité múltiple de multivinculación, más aún si el formulario de traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad expedido por COLPENSIONES el 20 de diciembre de 2016 informa que se vinculó por primera vez al ISS el 22 de agosto de agosto de 1984, siendo su estado *"Asignado al RAIS DECRETO 3995 de 2008"*.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda argumentando que la demandante se afilió al ISS a partir del 18 de agosto de 1995, presentando cotizaciones desde el 22 de agosto de 1984, de allí que no se presentara la figura de la multivinculación, en la medida que la misma se presenta siempre y cuando un afiliado aparezca vinculado tanto en sus dependencias como en un fondo privado, por lo que en el caso de la actora, si bien presenta como fecha de afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida el mes de agosto de 1995, también registra como trasladada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a PORVENIR S.A. desde el mes de enero de 2001, afiliación última que se encuentra ajustada a derecho.

Propuso las excepciones de error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe y la innominada o genérica.

PORVENIR S.A. por su parte al contestar la demanda refirió que no se incurre en la figura de multivinculación, por cuanto confrontado el historial de vinculaciones del SIAFP, suscribió formulario de ratificación de afiliación ante COLPENSIONES el 18 de agosto de 1995, suscribiendo posteriormente

formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ante sus dependencias el 7 de diciembre de 1998, calenda última en que se encontraba dentro de la prohibición de retorno preceptuada en literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Por tal razón, concluyó que, entre el 18 de agosto de 1995, fecha que se toma como de selección inicial en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y el 7 de diciembre de 1998, fecha del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, transcurrieron más de 3 años, aspectos por los que resulta válido el traslado.

Formuló como medios exceptivos los denominados falta de causa para pedir e inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción, compensación y la innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 15 de septiembre de 2022, resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA DEL ACTO JURÍDICO DE TRASLADO** entre regímenes pensionales que efectuó la demandante señora **LAUDICE RUIZ SALINAS** del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado en su momento por el ISS al Régimen del Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS - PORVENIR S.A.** que tuvo como fecha de suscripción el 07 de diciembre de 1998. En consecuencia, **DECLARA** válida la afiliación de la demandante al régimen de prima media con prestación definida administrado por **COLPENSIONES**, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión.*
>
> *"**SEGUNDO: CONDENAR** a la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS - PORVENIR S.A.**, a transferir con destino a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-**, todos los valores contenidos en su cuenta de ahorro individual junto con los gastos de administración, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión.*
>
> *"**TERCERO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones propuestas.*

Para arribar a dicha conclusión, el operador de primer grado indicó en primer lugar que dentro del presente asunto no se encuentra probada la multivinculación alegada por la demandante en los términos del Decreto 3995 de 2008, en tanto, según se desprende de las probanzas acreditadas, la primera afiliación la realizó al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el entonces ISS el 18 de agosto de 1984, calenda para la cual la actora ostentaba un total de 11.43 semanas con un empleador privado, de ahí que quedó acreditada la afiliación a dicho régimen, el cual también se ve ratificado el 18 de agosto de 1995 conforme se aprecia del certificado SIAFP.

Que por tal razón, en atención de las fechas precedidas, es por lo que la demandante no se encontraba inmersa en la prohibición legal contemplada en el artículo 15 del Decreto 692 de 1994, como quiera que el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se produjo el día 7 de diciembre de 1998, por lo que ya habían transcurrido los 3 años de prohibición reglados en la normatividad en comento, aspecto que en inicio daría cabida a la absolución de las pretensiones.

A pesar de lo anterior, sostuvo el *a-quo* que, atendiendo las facultades *ultra y extra petita* consagradas en el artículo 50 del C.P.T. y de la S.S., procedente resulta el estudio del asunto de marras bajo la égida de la ineficacia del traslado, toda vez que tal supuesto fue objeto de discusión tanto en el proceso como en el debate probatorio, pues nótese que la demandante adujo en el interrogatorio rendido la falta de información en el traslado surtido al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, adicional a que en el hecho 6º del escrito demandatorio tal falta de información también se menciona.

Para ello, refirió que como lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, le atañe a las AFP la carga de demostrar el suministro de una información clara, precisa y suficiente sobre los pormenores de los regímenes pensionales, así como la diferencia de los mismos, ventajas y desventajas, aspecto que no probó la demandada PORVENIR S.A., máxime si se tiene en cuenta que el formulario de afiliación no es prueba suficiente para derruir la carga probatoria que le asistía.

Asimismo, refirió que la excepción de prescripción no opera dentro de la ineficacia como también lo ha referido nuestro órgano de cierre.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión COLPENSIONES la apeló, exponiendo la oposición a la condena impuesta por el operador de instancia en atención de las facultades *ultra* y *extra petita* consagradas en el artículo 50 del Estatuto Procesal del Trabajo, puesto que debe tenerse en cuenta el principio de consonancia, ya que se afectó el campo de controversia jurídica en la medida que no puede cambiarse la *causa petendi* a través de señalamientos extemporáneos de nuevos hechos, o través de modificaciones o pretensiones no previstas en la ley.

Que también debe tenerse en cuenta el criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia SL913-2013, donde se manifestó que las facultades *ultra y extra petita* no son absolutas, máxime si lo aquí planteado no fue objeto dentro de la reclamación administrativa, ya que en este último escenario lo que se ventiló fue una multivinculación entre COLPENSIONES y PORVENIR S.A., sin ni siquiera haberse solicitado de manera subsidiaria la ineficacia del traslado.

PORVENIR S.A. también se opuso en su alzada sobre la condena impuesta, arguyendo que coadyuva la totalidad de argumentos expuestos por COLPENISONES en el recurso de apelación, por cuanto incluso lo decidido en primer grado va en contravía de lo estimado por la misma demandante en el escrito demandatorio, más aún si desde un principio le fueron cercenados los derechos de defensa y contradicción, pues en ningún momento se discutió la ineficacia del traslado, de ahí que ni siquiera se hubiesen podido aportar los elementos de juicio suficientes para demostrar la debida información en la asesoría del traslado que el *a-quo* adujo no estar demostrada.

Que en caso de resultar próspera la decisión de primera instancia, no debería ordenarse la devolución de los gastos de administración por cuanto se constituiría un enriquecimiento sin causa para COLPENSIONES, ya que desde un principio de la afiliación de la demandante al Régimen de Ahorro Individual

con Solidaridad se llevó a cabo una gestión administrativa que debe ser reconocida por la autoridad judicial, situación que por demás pondría en peligro el sistema financiero.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, por metodología en los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta que se estudia respecto de esta última, la Sala como problema jurídico habrá de auscultar si es procedente la declaratoria de ineficacia de la afiliación de la demandante, y su posterior traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, ello en atención del derecho reconocido bajo los apremios de las facultades *ultra* y *extra petita* dispuestas en el artículo 50 del Estatuto Procesal del Trabajo.

c. Del caso en concreto:

Previo a desatar los problemas jurídicos reseñados, la Sala advierte en primer término que según se aprecia del reporte de semanas emitido por COLPENSIONES actualizado al 20 de diciembre de 2016, la aquí demandante señora LAUDICE RUÍZ SALINAS efectuó su primera afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el entonces ISS el 22 de agosto de 1984, entidad en la que se refleja un interregno de semanas cotizadas por el periodo comprendido entre el 22 de agosto y el 9 de noviembre de 1984 un total de 11.43 semanas en calidad de dependiente del empleador “TRILLADORA GONCHECOL” con número de identificación como aportante 8032000217 (Fl. 15 – PDF 01 – ESCRITO DE DEMANDA), aspecto

que incluso quedó ratificado el 18 de agosto de 1995 según se desprende del certificado SIAFP expedido por ASOFONDOS (Fl. 46 – PDF 11 – CONTESTACIÓN PORVENIR S.A.).

Al unísono, también se aprecia del mismo certificado SIAFP que la demandante efectuó un traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de la aquí demandada PORVENIR S.A. el 7 de diciembre de 1997, situación que se acompasa con el correspondiente formulario de afiliación ante la referida PORVENIR S.A. (Fl. 6 - PDF 01 – ESCRITO DE DEMANDA y fls. 45 a 46 - PDF 11 – CONTESTACIÓN PORVENIR S.A.).

Es menester recordar que el Decreto 692 de 1994, en sus artículos 11 - inciso final, 15 – inciso 1, y 17, a la letra rezan:

> "***Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación***.
>
> *"[…]*
>
> *"Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado."*
>
> ***"Artículo 15. Traslado de régimen pensional****. Una vez efectuada la selección de uno cualquiera de los regímenes pensionales, mediante el diligenciamiento del formulario, los afiliados no podrán trasladarse de régimen, antes de que hayan transcurrido tres años contados desde la fecha de la selección anterior".*
>
> "***Artículo 17. Múltiples vinculaciones****. Está prohibida la múltiple vinculación. El afiliado sólo podrá trasladarse en los términos de que trata el artículo anterior, sin embargo, cuando el afiliado cambie de régimen o de administradora antes de los términos previstos, será válida la última vinculación efectuada dentro de los términos legales. Las demás vinculaciones no son válidas y se procederá a transferir a la administradora cuya afiliación es válida, la totalidad de saldos, en la forma y plazos previstos por la Superintendencia Bancaria.*

Bajo este escenario, puede colegirse que las personas vinculadas al antiguo ISS al 31 de marzo de 1994, podían continuar a dicha entidad en cualquier tiempo,

pero para aquellas que seleccionaran el régimen pensional después del 1º de abril de 1994, esto es, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, existía la prohibición legal de trasladarse durante un interregno de tres años.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL214-2020, Radicación No. 73134 del 5 de febrero de 2020 efectuó un análisis lo anteriormente argüido donde asentó:

> *"De las disposiciones transcritas se colige que la múltiple vinculación se produce, entre otros eventos, cuando el afiliado a uno de los regímenes del sistema de seguridad social en pensiones, se traslada entre estos por fuera del plazo legal previsto en el ordenamiento jurídico para tal fin, de allí que es oportuno tener en cuenta que:* ***i) para los afiliados que estuvieran vinculados al ISS al 31 de marzo de 1994, podían continuar automáticamente en dicha entidad y cambiarse en cualquier tiempo y; ii) para las personas que seleccionen el régimen pensional, después del 1º de abril de 1994, solo es posible el traslado luego de transcurridos tres años, término modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, para prever un plazo superior de cinco años.***
>
> *"Ahora bien, al respecto, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que en caso de que el afiliado cambie de régimen pensional antes de los términos legales previstos, será válida, exclusivamente, la última vinculación que cumplió con el tiempo mínimo de permanencia. Así se señaló en la sentencia CSJ SL4777-2019, en la que se recordó que:*
>
> *"[…] Sobre el tema propuesto en el único cargo, desde tiempo atrás esta Sala ha sostenido que el efecto de la afiliación múltiple al sistema pensional, de conformidad con lo establecido en el art. 17 del D. 692/94, es la validez de la última efectuada en los términos legales, de manera tal que una vez definido este aspecto, lo que procede es la transferencia de los saldos a la administradora de pensiones cuya afiliación resulte válida, por cuanto a ésta corresponde asumir el reconocimiento y pago de las prestaciones de invalidez, vejez y muerte."*

Así las cosas, de las pruebas obrantes al plenario, este cuerpo Colegiado puede concluir que, al haberse vinculado la demandante al sistema general de pensiones inicialmente al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en especial al antiguo ISS desde el 22 de agosto de 1984 (Fl. 15 – PDF 01 – ESCRITO DE DEMANDA), esto es, con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y, haberse trasladado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 7 de diciembre de diciembre de 1997 (Fl. 6 - PDF 01 – ESCRITO DE DEMANDA y fls. 45 a 46 - PDF 11 – CONTESTACIÓN PORVENIR S.A.), no se encontraba incursa en ninguna prohibición legal en lo que atañe al traslado sucedido, por cuanto clara es la norma en precisar que dicha prohibición de los

tres años no operaba para aquellas personas que estuviesen afiliadas al ISS al 31 de marzo de 1994 como ocurrió en el especialísimo caso de la actora, de ahí que pudiera efectivizar su traslado en cualquier tiempo como así lo llevó a cabo en el mes de diciembre de 1997.

En virtud de lo anterior, el *a-quo* procedió a declarar la ineficacia del traslado, ello en tanto, tal aspecto fue objeto de debate. Tanto COLPENSIONES como PORVENIR S.A. sostuvieron en sus recursos de alzada que la decisión del *a-quo* de disponer el estudio de las pretensiones de la demanda a la luz de la ineficacia del traslado bajo las facultades *ultra y extra petita* va en contravía del principio de consonancia, adicional a que tal tópico afecta el campo de controversia jurídica, por cuanto no debe cambiarse la *causa petendi* a través de señalamientos extemporáneos de nuevos hechos, modificaciones y pretensiones no previstas en la ley, más aún si lo decidido siquiera fue objeto perseguido por la actora dentro de la reclamación administrativa, lo que a su vez conlleva a que se configure una vulneración a los derechos de contradicción y defensa por cuanto en ningún momento se hizo alusión alguna a la figura de ineficacia del traslado.

Pues bien, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justica en sentencia SL3850-2020, Radicación No. 23 de septiembre de 2020, rememoró la sentencia SL2808-2018, en la que se efectuó un análisis de dichas facultades:

> *"Y, en sentencia CSJ SL2808-2018, respecto a las facultades extra y ultra petita establecidas en el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo de la de Seguridad Social, explicó que:*
>
> *"[…] El artículo 50 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social dispone que: «el juez ~~de primera instancia~~ podrá ordenar el pago de salarios, prestaciones o indemnizaciones distintos de los pedidos cuando los hechos que los originen hayan sido discutidos en el proceso y estén debidamente probados, o condenar al pago de sumas mayores que las demandadas por el mismo concepto, cuando aparezca que estas son inferiores a las que corresponden al trabajador, de conformidad con la ley, y siempre que no hayan sido pagadas».*
>
> *"Así, la facultad extra petita -por fuera de lo pedido- requiere rigorosamente que los hechos que originan la decisión (i) **hayan sido discutidos en el proceso**, y (ii) **que estén debidamente acreditados**, a fin de no quebrantar frontalmente los derechos constitucionales al debido proceso con violación de los derechos de defensa y contradicción de la llamada a juicio.*

> *"Y por su parte, la ultra petita -más allá de lo solicitado- exige que la súplica impetrada en el escrito inicial, (i) sea inferior a la estatuida en la norma laboral, y que (ii) que no emerja del juicio que el mayor valor hubiese sido cancelado al trabajador acreedor.*
>
> *"Dichas facultades radican en cabeza de los jueces laborales de única y de primera instancia, y el juez de segundo grado, en principio, no puede hacer uso de ellas, salvo cuando se trate de derechos mínimos e irrenunciables del trabajador, siempre y cuando (i) hayan sido discutidos en el juicio y (ii) estén debidamente probados, conforme lo dispuesto en la sentencia C-968-2003 y tal y como lo ha señalado esta Sala en forma reiterada desde la providencia SL5863-2014. (Aparte tachado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-662-98 del 12 de noviembre de 1998).*

Postura que se mantiene en la actualidad como así se refirió en la sentencia SL3426-2022, Radicación No. 89001 del 27 de septiembre de 2022.

Ahora, del escrito primigenio de la demanda, más exactamente el supuesto fáctico No. 6 denota lo siguiente (Fl. 21 PDF 01 – ESCRITO DE DEMANDA):

> *"**SEXTO:** Tanto PORVENIR como COLPENSIONES omitieron en su oportunidad, comunicarle a LAUDICE RUÍZ SALINAS que había sido asignada al RAIS, con base en lo dispuesto en el artículo 2º del Decreto 3998 de 2008, para que en ejercicio del derecho de contradicción y defensa establecido en el artículo 10, numeral 2º de la misma norma, hubiese podido presentar pruebas con el fin de controvertir la decisión tomada por el comité múltiple de vinculación. **NO EXISTIÓ NI EXISTE PRUEBA ALGUNA DE LA SUFICIENTE INFORMACIÓN, ASESORÍA JURÍDICA E ILUSTRACIÓN A LAUDICE RUÍZ SALINAS SOBRE LAS CONSECUENCIAS DEL CAMBIO DE RÉGIMEN PRESTACIONAL** (….)"*

De otra parte, en el interrogatorio de parte surtido por la demandante y a favor de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., estas entidades le efectuaron preguntas referentes a las situaciones de tiempo, modo y lugar que conllevaron a que suscribiera el formulario de afiliación con la referida PORVENIR S.A., tanto así que la misma actora refirió que el asesor del entonces de la AFP se acercó al Municipio donde laboraba, pero no le brindó ningún tipo de asesoría acerca de los regímenes pensionales existentes, pues incluso ese asesor arribó porque así lo dispuso el Acalde de la época.

Adicionalmente, yace en el plenario el formulario de afiliación que suscribiera la actora al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de

PORVENIR S.A. el 7 de diciembre de 1997 (fls. 45 a 46 - PDF 11 – CONTESTACIÓN PORVENIR S.A.).

En tal sentido, contrario a lo argüido por las encartadas en los recursos de alzada, la Sala puede colegir que el estudio de fondo y valorativo realizado por el *a-quo* se adecuó dentro del marco legal de los postulados procesales, toda vez que, como lo decantó la doctrina jurisprudencial, se cumplieron las reglas mínimas para la prosperidad del estudio de la facultad bajo la égida *extra petita* que regula el artículo 50 del C.P.T. y de la S.S., es decir, (i) los hechos se discutieron en el proceso y, (ii) se encuentran debidamente acreditados, en la medida que fueron las mismas demandadas quienes refirieron en el interrogatorio de parte practicado a la demandante las circunstancias en que se llevó a cabo el traslado ante PORVENIR S.A., resorte de ello lo es el correspondiente formulario de afiliación, aspectos todos por lo que resultó ajustado a derecho los argumentos expuestos por el operador de instancia para analizar la ineficacia del traslado bajo la regulación del artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

Esto conlleva a su vez que no se desconocen los principios de consonancia, contradicción y defensa, ya que las facultades *ultra* y *extra petita* fueron determinadas por el Legislador para la protección de derechos mínimos e irrenunciables, siendo uno de ellos entendido como la seguridad social, adicional al hecho que, es la misma jurisprudencia del órgano de cierre la que ausculta el deber de interpretación de la demanda por parte de los jueces de la República al tenor de lo estatuido en el artículo 55 de la Ley 270 de 1996, así lo consagró en la enunciada sentencia SL3426-2022, Radicación No. 89001 del 27 de septiembre de 2022:

> *"En ese sentido, esta Sala ha sostenido que el juez puede interpretar la demanda e incluso ha señalado que «constituye su deber dado que está en la obligación de referirse "a todos los hechos y asuntos planteados en el proceso por los sujetos procesales" (art. 55, L. 270/1996), de manera que su decisión involucre las peticiones del escrito inicial en armonía con los hechos que le sirven de fundamento» (CSJ SL2808-2018)."*

A razón de las consideraciones hasta aquí expuestas, se confirmará lo referente a que el traslado realizado por la demandante pueda analizarse según disposición del artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

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

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

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

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

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido".*

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *"ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de*

traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto", criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

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

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

> *"Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento".*

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, o si se trasladó de manera horizontal, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que efectuó la actora el 7 de diciembre de 1997 con destino a la AFP PORVENIR S.A., efectiva a partir del 1º de febrero de 1999 según se aprecia de la certificación del SIAFP (fls. 45 a 46 - PDF 11 – CONTESTACIÓN PORVENIR S.A.), formulario que, si bien refiere que la

decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *"Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado".*

Por otra parte, la actora en la declaración de parte que depuso señaló que su afiliación a PORVENIR S.A. sucedió por cuanto un asesor de la época se acercó ante a la Alcaldía donde trabajaba para el año 1997, sin que en ningún momento se le suministrara una información pormenorizada sobre los aspectos que conllevaría el traslado, como tampoco las ventajas y desventajas de cada régimen pensional; por el contrario, lo que adujo fue que el asesor no le realizó asesoría alguna.

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

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

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

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado a la actora para el año 1997, una *"Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*".

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón al fallador de instancia al declarar la ineficacia del traslado, dado que la AFP porvenir S.A. no probó el

cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen del promotor.

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

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

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

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

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

En otro giro, respecto a una posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera, debe indicarse que, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Así las cosas, se adicionará y modificará la orden emitida en primera instancia en lo que concierne a la ineficacia declarada al tenor de lo estatuido en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993. **SIN COSTAS** en esta instancia.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR los numerales primero y segundo de la sentencia proferida el 15 de septiembre de 2022 por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, a fin de disponer:

SEGUNDO: DECLARAR INEFICAZ la afiliación efectuada y en consecuencia CONDENAR a la demandada PORVENIR S.A. a que transfiera todas las sumas

de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto a las sumas correspondientes a rendimientos y comisiones por administración indexados a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES). La citada AFP también deberá devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

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

TERCERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia en todo lo demás, en especial, lo que gravita en torno a la absolución de la multivinculación pretendida por la demandante al tenor de los postulados del Decreto 692 de 1994, así como laS facultades *ultra y extra petita* determinadas por el operador de instancia según los preceptos del artículo 50 del C.P.T. y de la S.S., de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral : 1100131050 38 2019 00691 01
Demandante: VISITACION MARTIN
Demandado: COLPENSIONES
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y la demandada COLPENSIONES en contra de la sentencia proferida el 12 de agosto de 2022 por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., el proceso se estudiará en el grado jurisdicción de consulta a favor de COLPENSIONES en cuanto la decisión de primer grado fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora VISITACION MARTIN, promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, con la finalidad que se condene a la convocada a juicio a reconocer y pagar en su condición de compañera permanente del señor WENCESLAO BARRERA LIZARAZO, el cien por ciento de la mesada pensional que percibía JERZON ALEJANDRO BARRERA MELO, a partir de la fecha en la cual cumplió la mayoría de edad o dejó de acreditar su condición de incapacidad en razón a sus estudios.

En esa medida solicita, se condene a la demandada a pagar el cincuenta por ciento de las mesadas pensionales ordinarias y adicionales de junio y diciembre, comprendidas entre la fecha en la cual JERZON ALEJANDRO BARRERA MELO, cumplió 18 años de edad o dejó de acreditar su condición de incapacidad en razón a sus estudios y la fecha en la que se inicie a pagar el cien por ciento de la mesada pensional.

Igualmente, pretende se condene a pagar los intereses moratorios sobre el cincuenta por ciento de las mesadas pensionales ordinarias y adicionales de junio y diciembre causadas desde la pérdida del derecho por parte de JERZON ALEJANDRO BARRERA MELO y la fecha en la que se produzca el pago de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 141 de la ley 100 de 1993; más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como sustento de sus pretensiones, sostuvo que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES - ISS, hoy COLPENSIONES, mediante Resolución No. 046651 del 3 de noviembre de 2006, y en cumplimiento al fallo emitido por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá D.C., le fue concedido el 50% de la pensión de sobrevivientes con ocasión de la muerte de WENCESLAO BARRERA LIZARAZO, e igualmente, se asignó el 50% restante a favor de los menores EVERT ANDRES y EDGAR ADRIANO BARRERA PEÑARETE en su condición de hijos.

Explicó que el 8 de agosto de 2009, solicitó se acrecentara en el 100% su mesada pensional teniendo en cuenta que los referidos hijos ya habían cumplido su mayoría de edad y no se encontraban estudiando, así las cosas, la accionada mediante comunicación adiada el 15 de septiembre de 2009, le informó que en la nómina de pensionados aparecía ella con el 50% de la pensión y ERIKA LORENA BARRERA MELO con el 50% restante, de ese modo, el 1º de noviembre de 2013 solicitó a la pasiva copia del registro civil de nacimiento de dicha beneficiaria a fin de conocer su edad, pedimento que fue denegado por la entidad. No obstante, según Registro Civil de Nacimiento de expedido por la Notaria Cuarta de Bogotá, la beneficiaria del 50% restante de

la mesada pensional, nació el 21 de marzo de 1.992, alcanzado la edad de 25 años el 21 de marzo de 2017.

Agregó, que el 21 de marzo de 2018 solicito a COLPENSIONES el acrecimiento de su mesada pensional al 100%, empero, la entidad mediante comunicación de fecha 22 de marzo de 2018, le informó que el derecho del 25% que correspondía a la beneficiaria ERIKA LORENA BARRERA MELO, había acrecido al siguiente beneficiario, esto es, a JERZON ALEJANDRO BARRERA MELO y que por esta razón no era posible acrecer su mesada pensional.

Adujo que tiene conocimiento de que JERZON ALEJANDRO BARRERA MELO, desde hace algunos años no está estudiando y se desempeña como Agente de Policía; razón por la cual perdió el derecho a la mesada pensional, sin que la encartada haya incrementado su mesada pensional. Finalmente, indicó que solicitó a COLPENSIONES le informara la dirección de mencionado beneficiario, la cual se negó a suministrar dato alguno, aduciendo que se trataba de información reservada. (Fls. 2 a 8 archivo 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contra, aduciendo que la mesada de JERZON ALEJANDRO BARRRERA MELO no ha sido suspendida y dicho derecho solamente le asiste a él hasta que acredite la edad establecida o hasta que se manifieste voluntariamente por parte del beneficiario que ya no continuará con sus estudios y que de esa manera su derecho pensional desaparecerá para que la demandante pueda disfrutar del 100% de la pensión causada por el fallecimiento del señor WENCESLAO BARRERA.

Propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, la innominada y la de buena fe. (Fls. 40 a 47 archivo 01).

En consonancia con lo anterior, el Juzgado de origen a través de auto adiado el 26 de enero de 2020, dispuso integrar al contradictorio como litisconsorte necesario a JERZON ALEJANDRO BARRRERA MELO, a quien se le tuvo por no

contestada la demanda mediante auto de 28 de marzo de 2022, pese a que fue notificado personalmente de la existencia de la demanda y manifestó tener conocimiento de la presente acción. (Fls. 70 a 71 archivo 01, archivo 10 y carpeta 05).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 12 de agosto de 2022, condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar a la demandante el equivalente al 50% de la pensión de sobrevivientes que venían disfrutando los hijos del causante, a partir del mes de marzo del año 2017, data en la cual perdieron el derecho los demás beneficiarios de la prestación, sumas que deben ser indexadas, sobre las cuales autorizó el descuento de los aportes que correspondan al sistema de seguridad social en salud. Absolvió a la demandada de las pretensiones relacionadas con el pago de intereses moratorios, declaró no probadas las excepciones propuestas y se abstuvo de imponer costas.

Para arribar a esa conclusión, el *a-quo* precisó que en el *sub lite* no es objeto de controversia que mediante Resolución No. 016080 de 29 de agosto de 1997 le fue reconocida al causante una pensión de vejez por parte del ISS, en cuantía inicial de $172.005, a partir del 1º de septiembre de 1997. Igualmente, encontró acreditada la condición de beneficiarios de la pensión de sobrevivientes derivada del fallecimiento del pensionado radicada en cabeza de la actora y de JERZON ALEJANDRO BARRERA, según Resolución No. 46651 de 3 de noviembre de 2006, en la que se reconoce la prestación a la demandante en un 50% y el otro 50% restante a los hijos del fallecido EVERTO ANDRES y EDGAR ADRIANO BARRERA PEÑARETE, ERIKA LORENA BARRERA MELO y JERZON ALEJANDRO BARRERA MELO, quienes para la fecha del deceso del causante eran menores de edad.

Señaló que de los actos administrativos emitidos por la encartada se determinó que tres de los cuatro beneficiarios antes descritos, tienen derecho a disfrutar la pensión de sobrevivientes que venían percibiendo con ocasión del fallecimiento del padre, de la siguiente forma, EVERTO ANDRES BARRERA

PEÑARETE hasta el 23 de abril de 2002, por no acreditar estudios, EDGAR ADRIANO BARRERA PEÑARETE hasta el 31 de diciembre de 2002 por no acreditar estudios, ERIKA LORENA BARRERA MELO hasta el 20 de marzo de 2017 hasta que cumplió los 25 años de edad, quedando solo como beneficiarios de prestación la demandante y el litisconsorte necesario JERZON ALEJANDRO BARRERA MELO.

De esa forma, precisó que el citado litisconsorte, no acredito por algún medio idóneo que estuviese inhabilitado para trabajar por razón de sus estudios hasta cuando arribó a los 25 años de edad, y durante el tiempo en que se ha estado en suspenso la pensión de sobrevivientes, siendo clara la Resolución GNR 289785 de 22 de septiembre de 2015, en señalar en la parte resolutiva frente a dicho beneficiario, la pensión será pagada hasta el 4 de septiembre de 2020 con el cumplimiento de los 25 años edad, siempre y cuando acredite estudios.

Enfatizó que en el parágrafo 1º del artículo 4º de la parte resolutiva de la citada Resolución, se dejó en suspenso a partir del 1º de enero de 2015, el pago de las mesadas a este beneficiario, sucediendo lo mismo frente a ERIKA LORENA BARRERA MELO hasta el 20 de marzo de 2017, siempre y cuando acredite estudios. Advirtiendo que el beneficiario JERZON ALEJANDRO BARRERA MELO no acreditó que la porción de su mesada pensional debió incrementar.

Destacó que la ley establece que el compañero o compañera permanente tiene derecho a recibir en concordancia con los hijos menores o inválidos de la respectiva pensión, con derecho acrecentar una vez extinguido su derecho.

Así las cosas, concluyó que JERZON ALEJANDRO BARRERA MELO nació el 5 de septiembre de 1995, alcanzando la mayoría de edad el 5 de septiembre de 2013 y los 25 años el 5 de septiembre de 2020, siendo reconocido un retroactivo desde el 12 de marzo del 2000, fecha del fallecimiento del causante hasta el 31 de diciembre de 2014, calenda en la que acreditó estudios, refiriendo que no se acreditó que se haya suspendido el pago de la porción de la pensión a ERIKA LORENA BARRERA MELO antes del 20 de marzo de 2017, momento en que el cumplió 25 años de edad, y hasta el cual le asistía el derecho

al pago del 50% de la prestación pensional, disponiendo el pago de dicha porción a partir de marzo de 2017, las cuales deben ser indexadas y autorizó descontar del retroactivo los aportes que correspondan al sistema de seguridad social en salud.

En cuanto a los intereses de mora, señaló que eran improcedentes dado que era con ocasión del presente proceso que se determina el disfrute del acrecentamiento reclamado por la accionante. Declaró no probadas las excepciones propuestas por la encartada, entre ellas, la de prescripción, aduciendo que el derecho se reconoce a partir de 2017, el acrecentamiento se solicitó en 2018 y la demanda se impetró en 2019, por lo que no operó el fenómeno prescriptivo, por último, refirió que no emitía condena en costas. (Archivo 16).

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión, la demandante la apeló solicitando que se revoque la decisión de primer grado, respecto de la absolución de los intereses de mora y las costas del proceso.

Sobre los intereses, dijo que solicitó a la encartada el pago del acrecentamiento a través de diferentes oficios y comunicaciones, sin que existiera claridad sobre la información de los beneficiarios que recibían el pago de la porción del 50% de la mesada pensional, por lo que tuvo que acudir ante la jurisdicción ordinaria laboral para que un Juez condenara a la accionada a acrecentar la mesada pensional, ya que de otro modo, la entidad no lo hubiese hecho por cuenta propia, falta de reconocimiento que le ocasionó un perjuicio económico a sus ingresos, siendo procedente el pago de los intereses al tenor de lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, pues el argumento de la pasiva para negar el incremento de la mesada, aludía a que JERZON ALEJANDRO BARRERA MELO tenía la calidad de beneficiario de la porción que pretende, sin que este acreditara los requisitos para ser beneficiario de prestación desde el 2015.

En cuanto a las costas del proceso, dijo que el artículo 365 del C.G.P. y siguientes, establecen que la parte vencida dentro del proceso es acreedora a

las costas del proceso, pues la demandante se vio en la necesidad de interponer el presente proceso, incurriendo en gastos para hacer valer sus derechos, y la enjuiciada desde la contestación argumentó que existía el beneficiario JERZON ALEJANDRO BARRERA MELO para no acceder al acrecimiento de la mesada pensional, sin que se puede colegir tal argumento en el trámite procesal, saliendo avantes las pretensiones de la encartada en juicio, lo que impone la condena en costas.

Por su parte, COLPENSIONES manifiesta su disenso frente a la fecha en que se reconoció el incremento de la pensión a la demandante, ya que cuando se radicó la demanda, JERZON ALEJANDRO BARRERA, ya tenía 22 años de edad, por lo que podía demostrar su calidad de estudiante hasta antes del año 2020, luego, no era posible acrecentar la mesada pensional, pues para esa esa calenda aún no contaba con 25 años edad ni tampoco había manifestado que no había continuado con sus estudios, por lo que solicita se revoque la sentencia en ese sentido.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales en legal forma y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá determinar si la demandante tiene derecho al acrecentamiento de la pensión de sobrevivientes que le fuera reconocida con ocasión del deceso del señor WENCESLAO BARRERA LIZARAZO, en caso positivo, se debe verificar desde cuando procede el pago de dicha prestación. De igual manera, si resulta procedente el pago de intereses moratorios y costas procesales.

c. De la Calidad de Pensionado del Causante y Reconocimiento de la Pensión de Sobrevivientes:

Previo a la resolver el problema jurídico que concita la atención de la Sala, se advierte que no fue objeto de reproche en el presente trámite procesal, que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES reconoció pensión de vejez al señor WENCESLAO BARRERA LIZARAZO, mediante Resolución No. 16080 de 29 de agosto de 1997, a partir del 1º de septiembre de 1997, en cuantía inicial de $172.005, conforme lo normado en el Decreto 758 de 1990 en razón a que el causante contaba con 709 semanas cotizadas. (Archivo 12 carpeta CC-17081940).

Igualmente, se estableció que a través de Resolución No. 6715 del 10 de abril de 2001, el ISS reconoció la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento del señor WENCESLAO BARRERA LIZARAZO el 12 de marzo de 2000, a favor de EVERT ANDRES BARRERA PEÑARETE y EDGAR ADRIANO BARRERA PEÑARETE en un porcentaje del 25% para cada uno y se dejó en suspenso el 50% restante hasta tanto la justicia ordinaria laboral dirimiera el conflicto suscitado entre la actora y la señora ANA SILVIA PEÑARETE. (Archivo 12 carpeta CC-17081940).

En consonancia con lo anterior, la convocada a juicio aceptó desde la contestación de la demanda que a la promotora le fue reconocida pensión de sobrevivientes en cumplimiento a orden judicial, mediante Resolución No. 046651 de 3 de noviembre de 2006, a partir del 1º de diciembre de 2006, en porción del 50% de la prestación, en calidad de compañera permanente de WENCESLAO BARRERA LIZARAZO. (Fl. 14 a 15 archivo 01).

Además, se puede colegir que mediante GNR 289785 de 22 de septiembre de 2015, se reconoció una pensión de sobreviviente con ocasión al fallecimiento del señor BARRERA LIZARAZO WENCESLAO, a favor del señor BARRERA MELO JERZON ALEJANDRO, en porcentaje de 25.00% en calidad de hijo mayor con estudios, pensión que se reconocía de forma temporal y sería pagada hasta el 4 de septiembre de 2020, día anterior al cumplimiento de la edad 25 años,

siempre y cuando acreditara estudios conforme a las normas vigentes. (Archivo 12 carpeta CC-17081940).

Igualmente, se advierte que el citado acto administrativo, en el parágrafo 1º del artículo cuarto, señala:

> *"Parágrafo 1: Dejar en suspenso a partir del 01 de enero de 2015, el pago de las mesadas que le correspondan al señor BARRERA MELO JERZON ALEJANDRO, ya identificado, en calidad de Hijo Mayor de edad, hasta tanto allegue las certificaciones de estudios correspondientes según corresponda de conformidad con la parte motiva.*
>
> ***ERIKA LORENA BARRERA MELO** C.C.No.1,121,886,519 en un porcentaje del 25% ya identificada en calidad de hija mayor con estudios, la pensión reconocida es de carácter temporal y será pagada hasta el 20 de marzo de 2017, día anterior al cumplimiento de 25 años de edad, siempre y cuando el beneficiario acredite estudios conforme a las normas vigentes, en los siguientes términos y cuantías:*
>
> *Valor mesada actual $161,087.00*
>
> ***Parágrafo 2**: Mantener en los mismos términos en que viene siendo cancelada la cuota parte del 50% correspondiente a la señora **VISITACIÓN MARTIN."***

d. Del Acrecentamiento de la Mesada Pensional:

Acorde con lo anterior, imperioso resulta memorar que el artículo 8º del Decreto 1889 de 1994, compilado en el artículo 2.2.8.2.1 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, establece sobre la distribución de la pensión de sobrevivientes en los sistemas generales de pensiones y de riesgos profesionales, lo siguiente:

> *"1. El 50% para el cónyuge o compañera o compañero permanente del causante, y el otro 50% para los hijos de éste, distribuido por partes iguales.*
>
> *A falta de hijos con derecho o cuando su derecho se pierda o se extinga, la totalidad de la pensión corresponderá al cónyuge o compañera o compañero permanente del causante con derecho.*
>
> *A falta de cónyuge o compañera o compañero permanente o cuando su derecho se pierda o se extinga, la totalidad de la pensión corresponderá a los hijos con derechos por partes iguales.*

(…)

PARAGRAFO 1o. Cuando expire o se pierda el derecho de alguno de los beneficiarios del orden indicado en los numerales anteriores, la parte de su pensión acrecerá la porción de los beneficiarios del mismo orden."

Entre tanto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1890-2020, Radicado No. 73357 de 17 de junio de 2020, expuso sobre el asunto:

"(…) Así, es inequívoco que la cuota parte o porción de la prestación de sobrevivencia solo es dable calcularla sobre un todo, para este caso el monto de la pensión, cuyo fraccionamiento es enteramente visible desde la óptica de la pluralidad de sus beneficiarios, pero en manera alguna cuando quiera que su beneficiario apenas es uno, o lo es en cada las diversas categorías de beneficiarios (cónyuge o compañero (a) permanente).

Tal razonamiento conduce también a entender que, una vez extinguido o cesado en favor de alguno de sus beneficiarios, lo que deviene lógico es que acrezca en forma proporcional la cuota parte o porción de los beneficiarios que conservan su derecho, disposición que aparece nítidamente consignada en el Parágrafo del citado artículo 8° del Decreto 1889 de 1994.

En suma, solo procede fraccionar la porción del 50% de la pensión correspondiente a las personas convivientes con el causante cuando hay pluralidad de ellas, no cuando es apenas una sola, pues en este caso esa persona será titular del referido 50% cuando deba compartir la prestación con los hijos del causante, y 50% que acrecerá incluso hasta el 100% del derecho cuando aquellos dejan de disfrutarla, se insiste.

No se equivocó entonces el Tribunal cuando del 100% de la pensión generada por el deceso del causante, distinguió el 50% para el hijo y el otro 50% lo asignó a quien únicamente encontró que acreditara la condición de cónyuge sobreviviente, pues eso es lo que la disposición en juicio prevé. Y por supuesto, tampoco cuando dispuso que el monto pensional del actor acrecería al cesar el derecho del hijo de la causante." (Subrayado por la Sala).

e. Del Caso en Concreto:

Decantadas las normas y el precedente judicial que regula el asunto, al descender al *sub-examine*, se observa que en el trámite procesal no se discute el cumplimiento de los requisitos establecidos en los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993 por parte de la actora en calidad de compañera permanente

y los demás beneficiarios que reclamaron la sustitución pensional en su calidad de hijos del causante, WENCESLAO BARRERA LIZARAZO quien falleció el 12 de marzo de 2000.

De cara a lo anterior, también se pudo determinar que además de la actora fueron beneficiarios de la prestación los hijos del causante, EVERT ANDRES BARRERA PEÑARETE, EDGAR ADRIANO BARRERA PEÑARETE, ERIKA LORENA BARRERA MELO y JERZON ALEJANDRO BARRERA MELO.

Encontrándose respecto de los dos primeros que su derecho pensional se extendió hasta abril y diciembre de 2002, según Resolución No. 29124 de 11 de diciembre de 2002, misma Resolución en la que se reconoció la sustitución pensional a favor de ERIKA LORENA BARRERA MELO. (Archivo 12 carpeta CC-17081940).

De otro lado, se observa que en la Resolución GNR 289785 de 22 de septiembre de 2015, además de reconocer la pensión de sobrevivientes a JERZON ALEJANDRO BARRERA MELO, se indicó que la prestación se reconocía de forma temporal y sería pagada hasta el 4 de septiembre de 2020, día anterior al cumplimiento de la edad 25 años, siempre y cuando acreditara estudios conforme a las normas vigentes; empero, dejó en suspenso a partir del 1º de enero de 2015 el pago de las mesadas que le correspondían. Frente a ERIKA LORENA BARRERA MELO, se dijo que la pensión reconocida era de carácter temporal y se pagaría hasta el 20 de marzo de 2017, día anterior al cumplimiento de 25 años, siempre que acreditara estudios, como viene de verse.

Dimana de lo expuesto, que contrario a lo aducido por la entidad demandada en su alzada, no se tiene prueba alguna que permita determinar que JERZON ALEJANDRO BARRERA MELO, acreditó ante la entidad accionada estudios en los términos establecidos en el literal b) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, ahora literal c) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003; a fin de que se siguiera pagando la prestación después del 1º de enero de 2015 y hasta el 4 de septiembre de 2020, a lo que se suma que este beneficiario al parecer desde dicho interregno ya ostentaba la calidad de servidor público, como integrante

de la Policía Nacional según se colige del registro fotográfico que obra a folio 16 del archivo 01 y la manifestación que este mismo efectúa ante el juzgado de origen, según consta en la carpeta 05 del expediente digital.

Luego, los argumentos de la pasiva en su apelación en la que insiste que el litisconsorte mantiene su derecho hasta el 4 de septiembre de 2020, día anterior a que alcanzó la edad de 25 años, dado que nació el 5 de septiembre de 1995, lo que impide incrementar la mesada de la activa antes de esa calenda, no son de recibo; pues la norma es clara es señalar que después del cumplimiento de los 18 años, los hijos deben acreditar incapacidad para laborar debido a sus estudios, lo que aquí no se demostró, por ende, procede el acrecentamiento deprecado por la actora en un 50%, respecto de la porción que venían devengado los hijos del 21 de marzo de 2017, fecha en la que la ERIKA LORENA BARRERA MELO alcanzó la edad de 25 años, según se constata en el Registro Civil de Nacimiento que obra en el expediente administrativo. (Archivo 12 carpeta CC-17081940), ya que no se pudo colegir que antes de dicha calenda se le haya dejado de pagar la prestación, en consecuencia, la sentencia de primer grado se adicionará en el sentido de precisar el día a partir del cual procede el incremento.

En cuanto a los intereses moratorios que reclama la activa, conforme lo preceptuado en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, debe indicar la Sala desde ya los mismo resultan improcedentes, dado que fue a razón del presente trámite judicial que se determina la calenda desde la cual procede el acrecentamiento de la mesada en razón a que los demás beneficiarios de la prestación dejaron de tener derecho a la misma, además, cabe precisar que los mismos no proceden por la causación de un perjuicio como lo expone la actora en su disenso, sino por la mora en el pago de mesadas al pensionado. De ese modo, resulta procedente la indexación de la porción dejada de cancelar como lo determinó el juez de instancia.

En lo atinente a la inconformidad que presenta la parte demandante respecto a la absolución de la condena en costas impuestas en primera instancia, debe indicarse que el artículo 365 del C.G.P., aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., establece la imposición de esta figura para la parte

vencida en juicio, luego, al haber sido evidente que esa accionada se opuso a las pretensiones de la demanda, es claro para este Juez Colegiado la prosperidad de la condena en costas, pues resulta evidente que dicha encartada fue vencida en juicio. En efecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2461-2021, Radicación No. 82211 del 8 de junio de 2021, señaló:

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

De modo que, las costas en primera instancia estarán a cargo de la demandada COLPENSIONES y a favor de la actora, por lo que se revocará la decisión del *a-quo* en ese aspecto.

Finalmente, y como quiera que la demandada COLPENSIONES propuso la excepción de prescripción, se recuerda que la prestación que se depreca se causó el 21 de marzo de 2017. Así las cosas, se observa que la gestora presentó reclamación el 21 de marzo de 2018 y presentó la demanda el 1º de octubre de 2019, por lo que no operó el fenómeno prescriptivo como lo concluyó el juez de primer grado. (Fls. 23 a 25 y 31 archivo 01).

COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR los numerales primero y segundo de la sentencia proferida el 12 de agosto de 2022 por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, que dispuso pagar el incremento del 50% a la demandante a partir de marzo de 2017, en el sentido de precisar que el pago será a partir del 21 de marzo de 2017, por las razones que se indicaron en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral quinto de la sentencia de primer grado, para en su lugar condenar al pago de costas de primera instancia a COLPENSIONES.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia emitida el 12 de agosto de 2022 por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia**.**

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada COLPENSIONES, y a favor de la demandante. Fíjense como valor de agencias en derecho la suma de $1.000.000, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **38 2019 00773 01**
Demandante:	MARÍA NELSY CAMACHO LEITON y JUAN PABLO ROMERO CAMACHO
Demandado:	COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por la demandante MARÍA NELCY CAMACHO LEITON, COLPENSIONES y COLFONDOS S.A., en contra de la sentencia proferida el 19 de agosto de 2021 por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta al tenor de lo preceptuado en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., como quiera que la decisión de primer grado fue adversa a los intereses de COLPENSIONES.

I-. ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA:

MARÍA NELSY CAMACHO LEITON y JUAN PABLO ROMERO CAMACHO, por conducto de apoderado promovieron demanda ordinaria en contra de COLPENSIONES y COLFONDOS S.A., a fin de declararse que el señor JORGE ARTURO ROMERO REYES (q.e.p.d.), nació el 26 de noviembre de 1952, empezando a cotizar al antiguo ISS para

los riesgos de vejez y muerte desde el 5 de octubre de 1979, trasladándose al RAIS por intermedio de la demandada CONFONDOS S.A. en el mes de enero de 1995.

Asimismo, se declare que el señor JORGE ARTURO ROMERO REYES retornó al antiguo ISS el 25 de febrero de 2010, iniciando el trámite de nulidad de traslado que realizó al RAIS a través de COLFONDOS S.A., así como que falleció el 14 de noviembre de 2014.

Con ocasión de lo anterior, se declare que para la fecha de fallecimiento del señor JORGE ARTURO ROMERO REYES, cumplía con los requisitos de edad y tiempo para ser beneficiario de la pensión de vejez bajo la égida del régimen de transición, así como que, en calidad de beneficiarios de la pensión de sobrevivientes presentaron solicitud pensional ante COLPENSIONES, quien mediante Resolución GNR 93133 del 1º de abril de 2016 le reconoció pensión a JUAN PABLO ROMERO CAMACHO en su calidad de hijo del causante.

Que se declare que la señora MARÍA NELSY CAMACHO LEITON en su calidad de compañera permanente del causante, inició demanda de declaración de unión marital de hecho con el fallecido, la cual se declaró por el periodo comprendido entre el 14 de abril de 2009 y el 31 de octubre de 2014 por parte del Juzgado Veinticuatro de Familia, en audiencia celebrada el 9 de agosto de 2019.

De otra parte, se declare la nulidad e ineficacia del traslado del RPM al RAIS a través de COLFONDOS S.A. realizado por el fallecido señor JORGE ARTURO ROMERO REYES.

Por consiguiente, se condene a COLFONDOS S.A., a la devolución con destino a COLPENSIONES de todos y cada uno de los valores consignados en la cuenta de ahorro individual del señor JORGE ARTURO ROMERO REYES por concepto de cotizaciones, bonos pensionales y cualquier suma adicional del asegurado, junto con los rendimientos causados de conformidad con lo establecido en el artículo 1746 del Código Civil, si no lo hubiera hecho cuando se efectuó el retorno del causante al RPM, condenándosele a su vez a COLPENSIONES, recibir todos y cada uno de los valores

que hacen parte de la cuenta de ahorro individual del causante por concepto de cotizaciones, bonos pensionales y cualquier suma adicional, junto con los rendimientos causados si no lo hubiera hecho cuando se efectuó el retorno al RPM.

Igualmente, se condene a COLPENSIONES a la reliquidación de la pensión de sobrevivientes que le fue otorgada al señor JUAN PABLO ROMERO CAMACHO a partir del 14 de noviembre de 2014, así como que se le reconozca y pague en cuota parte con el 100% del valor de la pensión de vejez a la que tenía su padre señor JORGE ARTURO ROMERO REYES.

Que se le condene a COLPENSIONES reconocer y pagar a la señora MARÍA NELSY CAMACHO LEITON, la reliquidación de la pensión de sobrevivientes en su calidad de compañera permanente y cónyuge del causante, en cuota parte a partir del 14 de noviembre de 2014 sobre el 100% del valor de la pensión de vejez a la que tenía derecho el señor JORGE ARTURO ROMERO REYES.

Por último, que se le condene a COLPENSIONES pagar los intereses moratorios reglados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, sobre el valor total de las mesadas pensionales causadas y no pagadas desde la fecha en que se hicieron exigibles hasta que efectivamente se paguen, y lo que resulte probado de manera *ultra y extra petitia*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de las súplicas petitorias, se indicó que el señor JORGE ARTURO ROMERO REYES (q.e.p.d.), nació el 26 de noviembre de 1952, empezando sus cotizaciones a pensión en el extinto ISS el 5 de octubre de 1979. Seguidamente, relató que el causante se trasladó del RPM al RAIS por intermedio de COLFONDOS S.A. en el mes de enero de 1995, retornándose nuevamente al RPM el 25 de febrero de 2010.

Se expuso que el señor JORGE ARTURO ROMERO REYES inició trámite de nulidad de traslado en aras de que cesaran los efectos del mismo cuando se trasladó al RAIS a través de COLFONDOS S.A., persona que falleció el 14 de noviembre de 2014.

Que para la fecha del fallecimiento del señor JORGE ARTURO ROMERO REYES, ya cumplía con los requisitos de edad y tiempo para ser beneficiario de la pensión de vejez bajo la égida del régimen de transición, de allí que ambos demandantes como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes del causante, solicitaron a COLPENSIONES el reconocimiento y pago de la prestación, por lo que la entidad mediante Resolución GNR 93133 del 1º de abril de 2016 le reconoció pensión de sobrevivientes a JUAN PABLO ROMERO CAMACHO en calidad de hijo del fallecido.

Se adujo que la señora MARÍA NELSY CAMACHO LEITON, en calidad de compañera permanente del causante, inició demanda de declaración de unión marital de hecho, por lo que el Juzgado Veinticuatro de Familia de Bogotá en sentencia proferida el 9 de agosto de 2019, declaró la existencia de la unión marital por el periodo comprendido entre el 14 de abril de 2009 y el 31 de octubre de 2014.

Se hizo hincapié que tanto COLPENSIONES como CONFONDOS S.A. faltaron al deber de dejar sin efecto el traslado de régimen inicial del señor JORGE ARTURO ROMERO REYES, para así conservar las condiciones y expectativas pensionales por ser beneficiario del régimen de transición, dejando de presente que COLFONDOS S.A. faltó al deber profesional al no proporcionarle al causante información y buen consejo para el cambio de régimen pensional, con base en un estudio objetivo y actuarial particular a las circunstancias de la actora, dejando de aplicar así el debido proceso consagrado en el artículo 29 constitucional, en concordancia con el principio de condición más beneficiosa.

Que COLFONDOS S.A. nunca le informó al señor JOSGE ARTURO ROMERO REYES que el valor de su pensión dependería directamente de la modalidad de retiro programado, y que el posible fondo pensional se encontraba supeditado a los rendimientos de capital fluctuante por las tasas de interés del mercado, no se le informó que en el RPM tendría un derecho pensional cierto, por lo que no se le

brindó una información clara, completa y cierta acerca de las consecuencias y efectos futuros de abandonar el régimen pensional de prima media y trasladarse al RAIS, entre otros factores desinformativos.

Se mencionó que, ante la omisión de información de COLFONDOS S.A., en lo que respecta al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, COLPENSIONES dejó de aplicar el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y, por ende, el régimen de transición que el causante tenía derecho, lo que conllevó a que COLPENSIONES le dejara de reconocer la pensión de vejez por ser beneficiario del régimen de transición al haber cotizado más de 1000 semanas y cumplir con más de 60 años de edad.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

CONFONDOS S.A. contestó la demanda argumentando que una vez realizados los correspondientes registros, se pudo constatar que en efecto el señor JORGE ARTURO ROMERO REYES se trasladó al RAIS a través de sus dependencias en el mes de enero de 1995, retornándose nuevamente al RPM administrador por COLPENSIONES en el mes de febrero de 2010, de allí que todo rendimiento y aporte del fallecido se trasladó a COLPENSIONES en su momento.

Enfatizó que el traslado de régimen pensional del señor JORGE ARTURO ROMERO REYES sucedió como consecuencia de una orden tutelar donde se le amparó su derecho fundamental a la seguridad social, dejando de presente además, lo que se pretendió con dicha orden tutelar fue que se realizara la nulidad del traslado al RAIS, por lo que se le indicó al extremo demandante que ya se había llevado a cabo el traslado de régimen pensional y que se había efectuado el pago de las cotizaciones y rendimientos financieros a COLPENSIONES, de allí que la solicitud de anulación de afiliación no procediera por cuanto no había sido lo ordenado por el juez de tutela.

Se opuso en lo que concierne al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, arguyendo que para la fecha del deceso del señor JORGE ARTURO ROMERO REYES, ya no contaba con una afiliación activa.

Formuló como medios exceptivos los denominados falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, cosa juzgada, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, y nadie puede ir en contra de sus propios actos y más llevar representación de una persona fallecida.

Por su parte COLPENSIONES argumentó en su contestación que el fallecido señor JORGE ARTURO ROMERO REYES retornó al RPM en el mes de febrero de 2010. Frente al régimen de transición, refirió que el causante no acreditó 15 años de servicios cotizados a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, por lo que no cumplía los requisitos para conservar el régimen de transición en los términos de la sentencia SU-062 de 2010.

En lo que atañe al derecho pensional por sobrevivencia, refirió que si bien se reconoció la calidad de hijo del causante a JUAN PABLO ROMERO CAMACHO, no sucede lo mismo con la señora MARÍA NELSY CAMACHO LEITON, por cuanto no acreditó el requisito de convivencia por lo menos durante los 5 años inmediatamente anterior al deceso del señor JORGE ARTURO.

Propuso las excepciones de prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, excepción error de derecho no vicia el consentimiento, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe e innominada o genérica.

En este punto, deja de presente la Sala que mediante auto adiado el 30 de abril de 2021, y en atención a lo establecido en el Acuerdo PCSJA21-11766 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá dispuso la remisión del proceso con destino al Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá en aras de continuar con el trámite procesal correspondiente.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

Por tal razón, el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 19 de agosto de 2021, declaró la ineficacia del acto de traslado del señor JORGE ARTURO ROMERO REYES del RPM al RAIS efectuado a través de COLFONDOS S.A. el 6 de diciembre de 1994 y, en consecuencia, dispuso retrotraer las cosas al estado anterior al acto declarado ineficaz con los efectos jurídicos y económicos que comporten.

Ordenó a COLFONDOS S.A. devolver la totalidad de los valores recibidos de los empleadores del señor JORGE ARTURO ROMERO REYES, por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales que se encuentren o no en la cuenta de ahorro individual, que llegó a esos fondos en los periodos en comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, aclarando que la orden judicial señalada debe entenderse respecto de aquellas sumas que no hayan sido reintegradas por COLFONDOS S.A. a COLPENSIONES en el acto de retorno del causante al RPM realizado el 10 de diciembre de 2009, y entendiendo todo el tiempo en que el fallecido estuvo vinculado en el RAIS.

A su vez, le ordenó a COLFONDOS S.A. proceder a trasladar con destino a COLPENSIONES de manera inmediata, la totalidad de los dineros que a título de aportes fueron pagados por el causante y sus empleadores, junto con los rendimientos financieros que hubiesen producido, el bono pensional y demás integrantes de su cuenta de ahorro individual, sin descontar suma alguna por concepto de cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, o cualquier otra causa, durante todo el tiempo que el causante permaneció en el RAIS.

Declaró que el señor JORGE ARTURO ROMERO REYES tiene derecho a que COLPENSIONES le reconozca la pensión *post mortem* en los términos de que trata el Acuerdo 049 de 1990, por lo que la condenó al pago de la prestación a partir del 14 de noviembre de 2014 en cuantía de $2.344.370 y sobre 13 mesadas pensionales al año.

Seguidamente, declaró que al demandante JUAN PABLO ROMERO CAMACHO le asiste derecho a que COLPENSIONES le reliquide la pensión de sobrevivientes a partir del 14 de noviembre de 2014 con una mesada inicial de $2.344.370, por lo que condenó a la encartada a pagar a su favor la suma de $35.821.979 por concepto de diferencias pensionales causadas desde el 14 de noviembre de 2014 y el 31 de julio de 2021, autorizando que sobre dicho retroactivo se realicen los descuentos legales al sistema de seguridad social en salud, disponiendo pagar dichas sumas debidamente indexadas.

Por último, declaró no probadas las excepciones formulados por COLPENSIONES y COLFONDOS S.A., así como que negó el derecho a la pensión de sobrevivientes de la demandante MARÍA NELSY CAMACHO LEITON.

Para arribar a dicha conclusión, la operadora de instancia manifestó en primer lugar que, fueron hechos probados dentro del proceso que (i) al 1º de abril de 1994 el causante señor JORGE ARTURO ROMERO REYES tenía 41 años de edad, (ii) que el causante se trasladó al RAIS por intermedio de COLFONDOS S.A. el 16 de diciembre de 1994, con fecha de efectividad el 1º de enero de 1995, trasladándose nuevamente a COLPENSIONES el 16 diciembre de 2009, (iii) que realizó cotizaciones por el periodo comprendido entre el 5 de octubre de 1979 y hasta la fecha de traslado a COLPENSIONES, (iv) que el causante falleció el 14 de noviembre de 2014, (v) que al demandante JUAN PABLO ROMERO CAMACHO le fue reconocida la pensión de sobrevivientes en su calidad de hijo del causante a partir del 14 de noviembre de 2014, prestación que se otorgó en los términos de la Ley 797 de 2003 con una mesada inicial de $2.024.596, liquidada de conformidad con lo establecido en el artículo 48 de la Ley 100 de 1993.

En lo que respecta al traslado de régimen pensional del causante, refirió que conforme criterio adoctrinado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el mismo debe ser abordado desde la institución de la ineficacia y no desde el régimen de nulidades sustanciales, por lo que para en el caso del causante señor JORGE ARTURO ROMERO REYES sobre el traslado del RPM administrado por

COLPENSIONES con destino al RAIS por intermedio de COLFONDOS S.A., esto es, 16 de diciembre de 1994, realizó su afiliación de forma correcta y dentro de los límites temporales establecidos por la normatividad vigente.

Que por tal razón, adujo la operadora de instancia que procedería a verificar si el acto de afiliación gozaba de vicio por infracción de los deberes de información cierta, suficiente, clara y oportuna de asesoría y de buen consejo como así lo ha puesto de presente el órgano de cierre de la jurisdicción laboral, pues este último ha considerado que la responsabilidad que tienen las administradoras pensionales de los regímenes de prima media y de ahorro individual para garantizar este derecho a la libre escogencia, preside suministrar a los ciudadanos una información en detalle de las características del régimen, condiciones, requisitos y circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a el, así como el deber de asesoría y buen consejo, esto es, un análisis previo, calificado y logístico de los antecedentes del afiliado y los pormenores para que el asesor le informe lo pertinente y así el ciudadano pueda adoptar decisiones responsables en torno a la inversión más apropiada de sus ahorros pensionales.

Concluyó entonces, que COLFONDOS al tenor de la carga de la prueba que le asistía, no logró demostrar el suministro de una debida información y buen consejo sobre las características plenas entre uno y otro régimen pensional y sus correspondientes consecuencias, más aún si ni siquiera se aportó dentro del plenario el formulario pre impreso de afiliación por medio del cual se corrobora la información brindada para realizar el acto de traslado de régimen, así como la intención de trasladarse de forma libre, espontánea y sin presiones, tal como lo preceptúa el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 11 del Decreto 692 de 1994.

En lo que atañe a los gastos de administración, sostuvo que las administradoras pensionales tienen derecho de recibir los gastos de administración por parte de sus afiliados no de forma gratuita, sino a cargo de una comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por el buen desempeño, y que se descuenta de su ahorro; sin embargo, con ocasión de la ineficacia del traslado, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior, la administradora tiene que asumir los

deterioros al bien administrado, como lo son precisamente los referidos gastos de administración, de ahí que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia también haya adoctrinado la devolución de los gastos de administración y comisiones con cargos a sus propias utilidades, pues al ser el acto ineficaz esos recursos debieron ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES, por lo que además de la declaratoria de ineficacia, condenó a COLFONDOS S.A. devolver la totalidad de los valores recibidos como quedó consignado en la parte resolutiva de la decisión de primera instancia.

No obstante, dejó presente que COLFONDOS S.A. cuenta con la posibilidad de adelantar las acciones que considere pertinentes a fin de evacuar la reclamación frente a las demás AFP en las que estuvo afiliado el causante, ello teniendo en cuenta que dentro del plenario se observa una afiliación del fallecido señor JORGE ARTURO ROMERO DÍAZ sobre un interregno a la AFP ING, integración última que no se dio al presente proceso por no constituirse un litisconsorte necesario según criterio de la Corte Suprema de Justicia. Asimismo, puso de presente que al haberse trasladado el causante nuevamente a COLPENSIONES el 10 de diciembre de 2009, la orden de devolución de las contingencias ordenadas a COLFONDOS S.A. debe entenderse respecto de aquellas sumas que no hubiesen sido reintegradas por esta demandada a COLPENSIONES.

Determinada la ineficacia del traslado realizada por el causante del RRPM al RAIS, la falladora de instancia procedió a abordar la pensión del señor JORGE ARTURO ROMERO REYES bajo la égida del régimen de transición, determinando que al tenor de lo contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el causante cumplió con el requisito de la edad, pues al 1º de abril de 1994 contaba con 41 años de edad, realizando aportes al sistema general de pensiones desde el mes de octubre de 1979, exponiendo entonces que era beneficiario de dicho régimen transicional, precisando que a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, contaba con más de 1600 semanas cotizadas.

Por tal razón, concluyó que de conformidad con los requisitos pensionales por vejez a la luz del Decreto 758 de 1990, el causante cumplió 60 años de edad el 26 de

noviembre de 2012 como da cuenta la copia de la cédula de ciudadanía y, frente al requisito de las semanas, conforme se avizora de la Resolución GNR 93133 del 1º de abril de 2016, el señor JORGE ARTURO ROMERO REYES entre el 5 de octubre de 1979 y el 14 de noviembre de 2014, calenda última en que falleció, contaba con 1635 semanas, lo que confirma sin dubitación alguna que cumplió en vida con el mentado requisito de semanas necesarias, por lo que es procedente el reconocimiento y pago de la pensión de vejez *post mortem* bajo esta prerrogativa pensional, exponiendo que dentro del plenario no obra novedad de retiro del sistema en los términos del artículo 13 del Decreto 758 de 1990 pues a la fecha del deceso, el señor JORGE ARTURO aún se encontraba cotizando al sistema, de allí que se hubiese determinado que la fecha de disfrute de la pensión sería a partir del 14 de noviembre de 2014.

Frente al valor de la mesada pensional al año 2016, la determinó en cuantía de $2.344.370, ello de conformidad con lo establecido en el inciso 3º de la Ley 100 de 1993, en concordancia del artículo 21 de la misma disposición normativa, y aplicando una tasa de reemplazo del 90%, en la medida que dicho monto de $2.344.370, es decir, el de los últimos 10 años le era el más beneficioso al causante.

En lo que atañe a la reliquidación pensional de la pensión de sobrevivientes del demandante JUAN PABLO ROMERO CAMACHO, advirtió de entrada la diferencia pensional reconocida por COLPENSIONES con ocasión de su padre fallecido y la que realmente le hubiera correspondido de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia, por lo que condenó a la reliquidación pensional deprecada, analizando a su vez el fenómeno de prescripción sobre dichos conceptos, ultimando que este no goza de prosperidad al tenor de lo contenido en los artículos 488 del C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S., declarando así no probado el medio exceptivo; circunstancia por la cual, dispuso que al demandante se le adeudaba por concepto de retroactivo pensional la suma de $35.821.979 con ocasión de las diferencias pensionales causadas desde el 14 de noviembre de 2014 hasta el 31 de julio de 2021, autorizando a su vez a COLPENSIONES descontar los correspondientes descuentos legales al sistema de seguridad social en salud.

Decidió la absolución de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, bajo el entendido que la condena aquí deprecada se originó de la declaratoria de ineficacia del traslado y no por omisión de COLPENSIONES, por lo que, de manera subsidiaria condenó a la indexación de dichas diferencias pensionales.

De la pensión de sobrevivientes perseguida por la demandante señora MARÍA NELSY CAMACHO LEITON, refirió que al haber fallecido el señor JORGE ARTURO RIOMERO REYES (q.e.p.d.) el día 14 de noviembre de 2014, el estudio pensional debía estudiarse a la luz de los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003.

Al unísono, consideró que la demandante no logró acreditar la convivencia efectiva y la comunidad de vida con el causante, pues conforme lo ha dispuesto la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha señalado como eje central para el reclamo de esta prestación, la convivencia efectiva durante los últimos 5 años inmediatamente anteriores al fallecimiento del pensionado, puesto que, a pesar de que se hubiese señalado por los accionantes MARÍA NELSY ROMERO REYES y JUAN PABLO ROMERO CAMACHO en los interrogatorio de parte surtidos la presunta convivencia, las manifestaciones de su dichos no cuentan con un respaldo probatorio que de credibilidad a sus exposiciones, de ahí que no quede claro el ejercicio de la construcción y la comunidad de vida con el causante, más aún si la demandante tampoco acudió a testigos que pudiesen dar fe sobre lo pretendido.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión el apoderado de MARÍA NELSY CAMACHO LEITON la apeló, argumentando que si bien es cierto la falladora de instancia señaló la negativa de la pensión de sobrevivientes por el hecho de que no se probó la ayuda y acompañamiento mutuo con el causante para así demostrar una convivencia real y efectiva, las pruebas arrimadas al plenario demuestran lo contrario, por cuanto el registro civil trae nota marginal en la cual señala la sentencia emitida por el Juzgado de Familia donde se exponen los extremos de la unión marital de hecho declarada que advierten el requisito de la convivencia por más de 5 años.

Que tal aspecto de convivencia también se puede corroborar con otras documentales y testimoniales que se allegaron en el proceso de familia, las cuales ya fueron validadas por el juez de esa especialidad y, que si bien existió una ruptura, no fue de tal magnitud que llegara a desgarrar la convivencia o la ayuda mutua entre la pareja, aspecto que quedó manifestado por su hijo JUAN PABLO ROMERO CAMACHO.

Que al existir una anotación marginal en el registro civil de matrimonio, no era necesario traer a juicio la sentencia del juzgado de familia cuando ya existe una anotación marginal, por lo que la *a-quo* desconoció una prueba relevante y por consiguiente, el restante de pruebas acreditadas al plenario. También señaló que COLPENSIONES desconoció el derecho a la pensión de sobrevivientes de la señora MARÍA NELCY CAMACHO LEITON y de la cual tendría derecho al reconocimiento y pago del 50% y así compartir con su hijo el otro 50% como beneficiaria en calidad de compañera permanente e hijo respectivamente.

Que quedó plenamente que se compartió techo y mesa con el causante, tanto así que al momento de su fallecimiento, se encontraba al lado de ella y de sus hijos, de ahí que se esté desconociendo incluso la familia en los términos del artículo 42 de la Constitución Política.

Por su parte COLFONDOS S.A. refirió en su alzada que en relación a la declaratoria de ineficacia del traslado, es claro que el causante señor JORGE ARTURO ROMERO DÍAZ estuvo válidamente afiliado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad desde el año 1994, posteriormente se traslado a ING hoy PROTECCIÓN S.A. desde el 9 de junio de 2000, retornando posteriormente a sus dependencias el 28 de enero de 2002; sin embargo, dentro del presente proceso no se vinculó a la referida PROTECCIÓN S.A., siendo necesaria su vinculación como quiera que la condena impuesta dispuso la devolución de dineros por concepto de gastos de administración respecto a todo el tiempo que estuvo afiliado el causante en el régimen privado, de allí que como administradora no deba responder por contingencias de una AFP distinta.

Que tampoco debe prosperar la devolución de los aportes, frutos y rendimientos toda vez que dichos dineros se enviaron en su momento al ISS desde el 25 de febrero de 2010, adicional a que teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 104 de la Ley 100 de 1993 regula el cobro de dichas comisiones en razón a que en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se administran los recursos privados y públicos que son destinados a pagar las pensiones y prestaciones que deben reconocerse, de allí que al permanecer el causante en el régimen privado le permitió obtener rendimientos respecto de los dineros que cotizó en su cuenta de ahorro individual, emolumentos de los que se benefició.

COLPENSIONES refirió en su alzada manifestó que frente a la declaratoria de ineficacia del traslado, resulta improcedente, toda vez que la afiliación que efectuó el causante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad fue válida, más aún si no exista una prueba que permita establecer que hubo una falta al deber de información al momento de realizar el traslado, o que el causante haya manifestado alguna inconformidad respecto del traslado, como tampoco que el actor haya solicitado el cambio de régimen ante el ISS ni ante sus dependencias con anterioridad al año 2010, por lo que su afiliación fue válida.

Que en cuenta a la carga de la prueba, el formulario de afiliación que suscribió el causante con PROTECCIÓN S.A., es la única prueba que regulaba la norma entre el año 1993 y el 2009 a efectos de demostrar la debida información, por lo que exigir algo diferente a ese formulario se iría en contra de la normatividad, prevaleciendo entonces la sostenibilidad financiera del sistema.

Seguidamente, relató que por tal circunstancia resulta improcedente el pago de la liquidación *post mortem* ordenada en primera instancia, así como que mediante la Resolución GNR 93133 de 2016 le fue reconocida la pensión de sobreviviente al aquí demandante JUAN PABLO ROMERO CAMACHO en su calidad de hijo conforme lo regula la normatividad vigente, lo que conlleva a su vez a que resulte improcedente la reliquidación pensional dispuesta en primer grado, ya que el causante no contaba con la densidad de semanas para ser beneficiario del régimen de transición estatuido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 cuando retornó al Régimen de

Prima Media con Prestación Definida, como tampoco la rentabilidad al tenor de las diferentes posiciones emanadas por la Corte Constitucional.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, atendiendo los recursos interpuestos y el grado jurisdiccional de consulta en que se estudia el presente asunto, por metodología en la resolución, la Sala abordará como primer problema jurídico si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional que realizara el fallecido señor JORGE ARTURO ROMERO REYES (q.e.p.d.), del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad.

Como segundo problema jurídico, la Sala deberá determinar la calidad que ostentó el causante señor JORGE ARTURO ROMERO REYES, esto es, el de trabajador oficial o empleado público, con la finalidad de auscultar si esta especialidad es la competente para el estudio de la pensión su pensión de vejez – *pensión post mortem* bajo la égida de ser beneficiario del régimen de transición y, por consiguiente, el estudio de la pensión de sobrevivientes deprecada por los demandantes MARÍA NELSY CAMACHO LEITON y JUAN PABLO ROMERO CAMACHO.

c. Del caso en concreto – Ineficacia del traslado:

En primera medida, sea lo primero indicar frente al análisis de la declaratoria de ineficacia del señor JORGE ARTURO ROMERO REYES (q.e.p.d.), dentro del presente asunto no fue objeto de reproche los siguientes aspectos:

_ Que el señor JORGE ARTURO ROMERO REYES falleció el 14 de noviembre de 2014 según da cuenta el registro civil de defunción (CARPETA 02 – EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO).

_ Que según se desprende de la certificación expedida por COLPENSIONES el 8 de noviembre de 2019, el fallecido señor JORGE ARTURO ROMERO REYES tuvo las siguientes afiliaciones al sistema general de pensione (Fl. 100 – PDF 01 CUADERNO DIGITAL):

- Según se acredita de la historia laboral acreditada por COLPENSIONES, el causante se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida el 5 de octubre de 1979 (CARPETA 02 – EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO).
- Como da cuenta el historial de vinculaciones allegado por COLFONDOS S.A. junto con su contestación de demanda, el causante se trasladó al Régimen de Prima Media con Prestación Definida el con destino a COLFONDOS S.A. el 16 de diciembre de 1994, luego tuvo un traslado horizontal el 9 de junio de 2000 con destino a ING PENSIONES Y CESANTÍAS, regresó nuevamente el 28 de enero de 2002 a COLFONDOS S.A. y, el 10 de diciembre de 2009 retornó nuevamente al Régimen de Prima Media con Prestación Definida (Fl. 239 – PDF 01 CUADERNO DIGITAL).

_ Que en virtud del fallecimiento del causante, COLPENSIONES mediante la Resolución GNR 93133 del 1º de abril de 2016, efectuó el estudio pensional del fallecido, determinando que el mismo dejó causada pensión de vejez en los términos de la Ley 797 de 2003.

Además, la encartada consideró en dicho acto administrativo que el causante si bien retornó al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, no conservó las prerrogativas del régimen de transición preceptuado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues en resumidas cuentas y atendiendo

lo preceptuado en las sentencias C-1024 de 2004 y SU-062 de 2010, no acreditó 15 años de servicios al momento del retorno (CARPETA 02 – EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO).

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

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

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

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

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

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido".*

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *"ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial […] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información*

clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto", criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

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

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

> *"Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento".*

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

De otra parte, en lo que atañe al caso del fallecido señor JORGE ARTURO ROMERO REYES, como ya se indicó, si bien falleció el 14 de noviembre de 2014, la entidad con ocasión del análisis pensional por sobrevivencia a los aquí demandantes MARÍA NELSY CAMACHO LEITON y JUAN PABLO ROMERO CAMACHO, a través de la Resolución GNR 93133 del 1º de abril de 2016 determinó que el causante dejó causada una pensión de vejez en los términos de la Ley 797 de 2003.

Por tal razón, en tratándose de la declaratoria de ineficacia para aquellos afiliados que tuvieron situaciones de traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, retornando nuevamente al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y, que se pensionaran dentro el mismo régimen público, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha analizado este preciso escenario, para lo cual consideró que tal situación no es óbice para impedir la prosperidad de la ineficacia con ocasión del traslado sucedido, toda vez que los pensionados en este régimen no sufren las mismas afectaciones de aquellos que hayan obtenido prestación pensional en el régimen privado; incluso, considerando que tampoco opera prescripción alguna para reclamar en cualquier tiempo, así la Alta Corporación lo dejó plenamente expuesto en la sentencia SL2929-2022, Radicación No. 89010 del 18 de mayo de 2022, donde indicó:

> ***"2) ¿Es un obstáculo que impide declarar la ineficacia de dicho acto la circunstancia de que la persona disfrute de una pensión de vejez en el RPMPD?***
>
> *Esta Sala en la sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en decisiones CSJ: SL1688-2019, SL1689-2019 y SL4426-2019, señaló que «la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo», sin importar si el afiliado «tiene o no un derecho consolidado, tiene o no un beneficio transicional, o está próximo o no a pensionarse». Por esta razón, el tener causado un derecho pensional no es, en principio, un impedimento para demandar y eventualmente declarar la ineficacia del cambio de régimen pensional.*
>
> *Ahora, la jurisprudencia de la Corporación solo en el caso de los pensionados del RAIS ha defendido el criterio que no es posible darle efectos prácticos a la declaratoria de ineficacia -vuelta al statu quo ante-, teniendo en cuenta que la calidad de pensionado en este régimen pensional da lugar a una situación jurídica consolidada o un hecho consumado que no se puede revertir sin afectar*

«a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto» (CSJ SL373-2021).

Sin embargo, esta regla no puede extenderse a los pensionados del RPMPD, pues estos se encuentran en una situación completamente distinta, al punto que el restablecimiento de sus derechos no apareja las complejidades y tensiones propias de los pensionados del RAIS.

De esta forma, el Tribunal también erró al declinar la declaratoria de ineficacia bajo el criterio que la demandante tenía un derecho consolidado en el RPMPD.

3) ¿Procede la prescripción extintiva de las acciones de ineficacia del cambio de régimen pensional?

Como bien lo pone de presente la recurrente, llama la atención a la Sala que el Tribunal pese a evocar la jurisprudencia de esta Corte, identificar sus reglas capitales, entre las que estaba la imprescriptibilidad de la acción de ineficacia del traslado y dar la impresión de que iba a seguirlas, de forma incoherente y contradictoria haya luego declarado la prescripción de la acción, con la extraña teoría de que la demandante contaba con tres años a partir del fallo de tutela que ordenó su traslado al RPMPD para reclamar la ineficacia del cambio de régimen pensional.

A juicio de la Sala, esta tesis del Tribunal, no solo no fue debidamente fundamentada como ha debido serlo, sino que no tiene el poder de persuasión suficiente para derruir el criterio consolidado de esta Corporación, conforme al cual la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible, postura soportada en los argumentos consignados en la sentencia CSJ SL1688-2019 -reiterada en SL1421-2019, SL4426-2019, SL4360-2019 y SL373-2021-, a los cuales se remite la Corte en esta oportunidad para declarar fundada la acusación:

(…) la Sala considera que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible.

En efecto, de manera reiterada y pacífica, la Corte ha defendido la tesis de que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles. Lo anterior, bajo la premisa de que ni los hechos ni los estados jurídicos prescriben, a diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito y obligaciones que surjan de ello.

Dicho de otro modo: no prescriben los hechos o estados jurídicos, pero sí los derechos u obligaciones que dimanen de esa declaración. De allí que sea viable la declaratoria de una situación jurídica y a continuación declarar prescritos los derechos patrimoniales derivados de ese reconocimiento.

En torno al punto, esta Corporación en la sentencia CSJ SL 8397, 5 jul. 1996, reiterada en CSJ SL 28479, 4 jun. 2008, CSJ SL 39347, 6 sep. 2012 y CSJ SL12715-2014, sostuvo que «la acción para obtener la decisión judicial declarativa de que un hecho ocurrió de una determinada manera jamás se extingue por prescripción». De acuerdo con dicha providencia no es «aceptable sostener que el sistema legal cierre la posibilidad jurídica de que judicialmente se reconozca después de cierto tiempo la existencia de un hecho del cual dependan consecuencias legales».

Lo dicho cobra más sentido en relación con la pretensión de «ineficacia», en la medida que dicha consecuencia impuesta por el ordenamiento jurídico se caracteriza porque desde su nacimiento el acto carece de efectos jurídicos. La sentencia que declara la ineficacia de un acto, en realidad, lo que hace es comprobar o constatar un estado de cosas (la ineficacia) surgido con anterioridad al inicio de la litis.

Conforme lo explicado, los afiliados al sistema general de pensiones pueden solicitar, en cualquier tiempo, que se declare la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales y, por esa vía, que se reconozca a cuál de los dos regímenes pensionales (RPMPD o RAIS) se encuentran afiliados. Lo expuesto no es algo nuevo en la jurisprudencia del trabajo, pues incluso desde la sentencia CSJ SL795-2013 ya la Corte había adoctrinado que «el asegurado está legitimado para interponer, en cualquier tiempo, reclamos relacionados con ***la afiliación****, las cotizaciones, el ingreso base de cotización y todos aquellos componentes de la pensión».*

Hay que mencionar que así como la declaración de ineficacia es imprescriptible, los derechos que nacen de ello también tienen igual connotación. En efecto, conforme al artículo 48 de la Constitución Política, el derecho a la seguridad social es un derecho subjetivo de orden irrenunciable, premisa que implica al menos dos cosas: (i) no puede ser parcial o totalmente objeto de dimisión o disposición por su titular (inalienable e indisponible), como tampoco puede ser abolido por el paso del tiempo (imprescriptible) o por imposición de las autoridades sin título legal (irrevocable). En este sentido, la jurisprudencia del trabajo ha sostenido que el derecho a la pensión o a obtener su valor real, puede ser justiciado en todo tiempo (CSJ SL8544-2016).

Además de lo expuesto, considera la Corte que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento. Vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, construidos a ciegas de los preceptos constitucionales, pueden conducir a negar el carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión. Esta misma postura, fue expuesta por la Sala en reciente providencia CSJ SL1421-2019.

Por consiguiente, para la Corte es claro que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, como también lo es el derecho ciudadano a reivindicar un derecho pensional e incluso a mejorar su prestación

en cualquier tiempo, 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, es decir, a que el reconocimiento del derecho se haga de forma íntegra o completa». De allí que «la seguridad social y los derechos subjetivos fundamentales que de ella emanan, habiliten a sus titulares a requerir en cualquier momento a las entidades obligadas a su satisfacción, a fin de que liquiden correctamente y reajusten las prestaciones a las cifras reales, de modo que cumplan los objetivos que legal y constitucionalmente deben tener en un Estado social de Derecho» (CSJ SL8544-2016).

Así, el Tribunal incurrió en otro desatino al declarar la prescripción de la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

En este contexto, la Sala puede colegir que la procedencia de estudiar la ineficacia del traslado del causante bajo los lineamientos de la falta del deber de información por parte de la AFP demandada COLFONDOS S.A.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que dentro del presente asunto, ni siquiera fue aportado el formulario de afiliación que suscribiera el fallecido señor JORGE ARTURO ROMERO REYES ante COLFONDOS S.A. A pesar de ello y, en gracia de discusión, la Alta Corporación ha adoctrinado que los formularios de afiliación si bien refieren que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acreditan que en efecto se haya suministrado la información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *"Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado".*

Por otra parte, en el asunto de marras no yace prueba adicional que advierta que al causante le hubiesen sido brindada una asesoría ajustada a derecho, incluido tal aspecto sobre las implicaciones, ventajas y desventajas entre ambos regímenes

pensionales, entre otras situaciones de asesoría que entendiera de manera fehaciente la total información suministrada, por lo que se puede colegir la notoria falta de información por parte de COLFONDOS S.A. por cuanto no se obtuvo confesión alguna de la debida asesoría al tenor de los preceptos emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, carga probatoria que por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

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

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

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

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado al actor para el año 1994, una *"Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*".

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

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

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

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

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

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

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

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

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

"Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiara como lo alega COLPENSIONES en el recurso de alzada, por cuanto la AFP tiene el

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

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

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

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

> *"Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada PORVENIR S. A. asumir con cargo a sus*

propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020).

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

Así las cosas, es evidente que los gastos de administración deban indexarse, más aún cuando tal aspecto en manera alguna se compensa por los rendimientos, como lo señala la AFP COLFONDOS S.A.

Por último, pone de presente la Sala que uno de los reparos de la alzada por parte de COLFONDOS S.A. giró en torno a que para el caso de marras es necesario vincular a ING PENSIONES Y CESANTÍAS hoy PROTECCIÓN S.A., por cuanto en esa AFP el causante estuvo vinculado, de allí que deba responder por lo atinente a la devolución de dineros por concepto de gastos de administración respecto al interregno en que el señor JORGE ARTURO ROMERO REYES estuvo vinculado en esas dependencias.

Así las cosas, como se expuso al inicio de las consideraciones, el actor en efecto tuvo un traslado horizontal en la AFP ING PENSIONES Y CESANTÍAS hoy PROTECCIÓN S.A. por el periodo comprendido entre el 9 de junio de 2000 y el 27 de enero de 2002 (Fl. 239 – PDF 01 CUADERNO DIGITAL). A pesar de ello, las AFP cuentan con la posibilidad de adelantar las acciones de cobro pertinentes para efectuar la reclamación frente a las demás AFP, así lo ha venido asentando, siendo una de las decisiones la proferida en sentencia SL1949-2021, Radicación No. 87087 del 12 de mayo de 2021 donde indicó:

"Por lo anterior, habrá de adicionarse el numeral segundo en cuanto a que Colfondos S.A. deberá trasladar a Colpensiones, además de lo consignado en la cuenta de ahorro individual y los rendimientos, los bonos pensionales y lo recaudado por gastos de administración durante todo el tiempo que la accionante permaneció en el RAIS. No obstante, debe advertirse que la

convocada cuenta con la posibilidad de adelantar las acciones que considere pertinentes a fin de efectuar la reclamación frente a las demás AFP a las que esta estuvo afiliada."

En tal sentido, no le asiste derecho a la apelante COLFONDOS S.A. sobre este puntualísimo aspecto.

d. De la calidad del causante JORGE ARTURO ROMERO REYES:

Advierte la Sala en este punto, ser imperiosamente necesario recurrir al control oficioso de legalidad de que trata el artículo 132 del C.G.P., aplicable al procedimiento laboral según disposición del artículo 145 del Estatuto Procesal del Trabajo, el cual debe realizarse en cualquier etapa del trámite procesal en ejercicio de las facultades conferidas al Juez como director del proceso y adoptar las medidas necesarias para garantizar el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio entre las partes.

Lo anterior, como quiera que, según lo advertido, los demandantes MARÍA NELSY CAMACHO LEITON y JUAN PABLO ROMERO CAMACHO pretenden que con ocasión de la pensión reconocida al causante por parte de COLPENSIONES, debe consolidarse una reliquidación pensional del mismo por ser beneficiario del régimen de transición y, por consiguiente, proceder al pago reliquidado de la pensión de sobrevivientes de JUAN PABLO ROMERO CAMACHO en calidad de hijo, así como a MARÍA NELSY CAMACHO LEITON como compañera permanente.

Sin embargo, según se desprende de las documentales obrantes dentro del proceso, se aprecia que en la Resolución GNR 93133 del 1º de abril de 2016, la historia laboral emitida por COLPENSIONES el 8 de octubre de 2015, así como los formatos emitidos por LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO (CARPETA 02 – EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO), el causante tuvo como último empleador el INSTITUTO GEOGRÁFICO AGUSTÍN CODAZZI.

Aunado a ello, se aprecia que con ocasión al fallecimiento del causante, que se itera sucedió el 14 de noviembre de 2014, fue por lo que el empleador INSTITUTO

GEOGRÁFICO AGUSTÍN CODAZZI emitió la Resolución No. 1262 del 14 de noviembre de 2014, en la que indicó:

> *"Que mediante Resolución No. 1121 del 14 de octubre de 2014, se encargó al funcionario JORGE ARTURO ROMERO REYES, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.188.206, quien es titular del empleo Universitario Código 2044 Grado 09 en la Subdirección de Agrología, para que desempeñara el empleo de Profesional Universitario Código 2044 Grado 10 en la misma Subdirección:*
>
> *"Que el señor JORGE ARTURO ROMERO REYES (Q.E.P.D.), falleció el 14 de noviembre de 2014, según consta en el Certificado de Defunción No. 81514357-4.*
>
> *"Que como consecuencia de lo anterior se procede a Declarar la Vacante Definitiva del empleo Profesional Universitario Código 2044 Grado 09 en la Subdirección de Agrología.*
>
> *"Que por lo tanto es del caso declarar su retiro del servicio del Instituto, conforme lo establece el literal m) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004.*
>
> *"Que en mérito a lo anterior,*
>
> ***RESUELVE:***
>
> *"ARTÍCULO PRIMERO: A partir del 14 de noviembre de 2014 dar por terminado el encargo del empleo de Profesional Universitario Código 2044 Grado 10 en la Subdirección de Agrología, hecho mediante Resolución No. 1121 del 14 de octubre de 2014, al funcionario JORGE ARTURO ROMERO REYES, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.188.206, quien es titular del empleo Profesional Universitario Código 2044 Grado 09 en la Subdirección de Agrología.*
>
> *"ARTÍCULO SEGUNDO: Retirar del servicio, a partir del 14 de noviembre de 2014, al señor JORGE ARTURO ROMERO REYES quien se identificaba con la cédula de ciudadanía No. 19.188.206 y desempeñaba el empleo de Profesional Universitario Código 2044 Grado 09 en la Subdirección de Agrología, por las razones expuestas en la parte motiva de esta resolución.*
>
> *"ARTÍCULO TERCERO: Declarar a partir del 14 de noviembre de 2014, la vacancia definitiva del empleo de Profesional Universitario Código 2044 Grado 09 en la Subdirección de Agrología."*

Así las cosas, al haber ostentado el causante la calidad de empleado público y, pese a lo decidido en primera instancia en lo que atañe al estudio de la reliquidación pensional *post mortem* y la pensión de sobrevivientes de los aquí demandantes

MARÍA NELSY CAMACHO LEITON y JUAN PABLO ROMERO CAMACHO, advierte esta Sala que carece de jurisdicción y competencia para resolver las pretensiones incoadas en esta demanda, pues de conformidad con el establecido en el numeral 4 del artículo 104 del CPACA[1], la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es la encargada de resolver esta litis, razón por la cual este hecho conlleva a que la Sala en virtud del control de legalidad, como ya se mencionó, declare de oficio la FALTA DE JURISDICICION y COMPETENCIA, pero única y exclusivamente respecto al estudio de la reliquidación pensional *post mortem* y la pensión de sobrevivientes, como quiera que en lo que concierne al puntual aspecto de la declaratoria de la ineficacia, esta especialidad es la competente del conocimiento de dicha situación al tenor de lo estatuido en el numeral 4º del artículo 2º del C.P.T. y de la S.S.

También destaca que la Sala que la Corte Constitucional jurisprudencialmente ha sostenido que en tratándose de pensiones de sobrevivientes para determinar la jurisdicción y competente en la resolución del asunto sobre aquellas personas que dejen causado un derecho, prima la naturaleza de la vinculación de dicho trabajador, de ahí que en virtud de que el causante ostentara el derecho pensional por vejez por ser un empleado público en su época - vinculación legal y reglamentaria -, puede concluirse que el asunto es de competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo; así se precisó en el Auto 954 del 10 de noviembre de 2021, en el que precisó:

> *"Con base en lo anterior, la Corte dirimirá el conflicto entre el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Cali y el Juzgado 11 Administrativo Oral del Circuito de Cali. En primer lugar, analizará las reglas de conflicto de jurisdicción en temas de seguridad social y prestaciones sociales desarrollado por esta Corporación. En segundo lugar, resolverá el caso concreto.*

---

[1] "***ARTÍCULO 104. DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO***. *La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa.*

Igualmente conocerá de los siguientes procesos:

(…)

4. Los relativos a la relación legal y reglamentaria entre los servidores públicos y el Estado, y la seguridad social de los mismos, cuando dicho régimen esté administrado por una persona de derecho público."

"El artículo 2 de la Ley 712 de 2001 determina la competencia general de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral y de la seguridad social. En materia de controversias sobre los servicios de la seguridad social, el artículo 2.4 -modificado por el artículo 622 de la Ley 1564 de 2012- señala que dicha jurisdicción conocerá las "controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, salvo los de responsabilidad médica y los relacionados con contratos".

"Asimismo, el artículo 2.5 del Código Procesal del Trabajo señala que la jurisdicción ordinaria, en su especialidad laboral, estudiará los casos relacionados con "[l]a ejecución de obligaciones emanadas de la relación de trabajo y del sistema de seguridad social integral que no correspondan a otra autoridad." Siendo una cláusula general o residual de competencia, que opera cuando no hay una norma especial que atribuya el conocimiento de un proceso a otra jurisdicción.

"Por su lado, el artículo 104 del CPACA establece qué asuntos debe conocer la jurisdicción de lo contencioso administrativo; en particular, su numeral 4º indica que aquella estudiará los procesos "relativos a la relación legal y reglamentaria entre los servidores públicos y el Estado, y la seguridad social de los mismos, cuando dicho régimen esté administrado por una persona de derecho público."

"Entre otros, en los Autos 314, 329 y 356 de 2021 la Corte Constitucional estableció que, para asignar la competencia para resolver las controversias relacionadas con la seguridad social de los servidores del Estado, deben aplicarse dos reglas. La primera exige acreditar dos factores concurrentes para asignar el conocimiento del asunto a la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Estos factores son: la calidad de empleado público del demandante y que una persona de derecho público administre el régimen que le es aplicable. La segunda es la de que, si la involucra a un trabajador oficial, la competencia radica en la jurisdicción ordinaria, en su especialidad laboral y de la seguridad social.

"Esta Corporación ha determinado que la naturaleza de la vinculación del trabajador, al momento de causar la prestación, determina la jurisdicción competente. Dicho criterio se justifica en la necesidad de establecer un referente que defina con la mayor precisión posible, la autoridad a la que le corresponde decidir el asunto.

"El derecho a la pensión de sobreviviente se encuentra recogido en los artículos 46, 47, 48 y 74 de la Ley 100 de 1997, en el que se configura como una prestación social a la cual tienen derecho el cónyuge supérstite u otros familiares del pensionado o afiliado fallecido, siempre y cuando cumplan con los requisitos establecidos por la Ley. En ese sentido, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que "la pensión de sobrevivientes, es una prestación social fundada en los principios de solidaridad y de universalidad de la seguridad social, que

busca garantizar a los familiares de la persona afiliada fallecida, una estabilidad económica suficiente para asegurar su subsistencia en condiciones dignas, máxime, cuando dicha prestación es la única fuente de ingreso de sus beneficiarios, que tiene por fin evitar una situación de desamparo."

"En los casos de reconocimientos pensionales, la Sala ha destacado, entre otros en el Auto 490 de 2021, que debe tenerse en cuenta el tipo de vinculación que tiene la persona al momento de causarse el derecho prestacional pretendido. Por lo tanto, si en dicho momento la persona tenía la calidad de empleado público, la competente será la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Si, por el contrario, no la tenía, la competente será la jurisdicción ordinaria, en su especialidad laboral y de la seguridad social.

"Ahora bien, cuando la causación es posterior a la finalización del vínculo del trabajador, el hito lo determina la última vinculación laboral del trabajador. Esta Corporación por medio del Auto 616 de 2021, aunado a lo desarrollado por el Consejo Superior de la Judicatura, se basó en los últimos aportes que registró el demandante respecto de la pretensión que reclama, con el propósito de determinar si la persona cumple con el estatus de trabajador oficial o empleado público y, así, adscribir el conocimiento del asunto a la jurisdicción ordinaria laboral o de lo contencioso administrativo, dependiendo el caso.

"En síntesis, en relación con la competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo para resolver las controversias relacionadas con la seguridad social de los servidores del Estado, se prevén dos factores concurrentes: la calidad de empleado público del demandante y que una persona de derecho público administre el régimen que le aplica. Asimismo, se han tomado como hitos en la determinación del primer elemento, esto es, la naturaleza de la vinculación del trabajador: i) el momento de causar la prestación que reclama; o ii) el de la última vinculación laboral.

"Finalmente, la competencia de la jurisdicción ordinaria laboral se define por medio de una cláusula general o residual de competencia, que le atribuye el conocimiento de un proceso judicial a esta jurisdicción en los asuntos que no exista una norma especial que determine otra circunstancia. Igualmente, en lo relativo a los temas laborales y de la seguridad social, fija el conocimiento de los casos a la especialidad laboral, en el supuesto de que no esté atribuido por la ley a otra jurisdicción.

"Esta Corporación ha determinado que la naturaleza de la vinculación del trabajador, al momento de causar la prestación, determina la jurisdicción competente."

En ese orden de ideas, al tenor de lo previsto en los artículos 16 y 138 del C.G.P. resulta imperioso decretar la nulidad parcial de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá el pasado 19 de agosto de 2021, más exactamente, los numerales cuarto, quinto, sexto, séptimo, octavo,

noveno, décimo y undécimo, que se circunscriben al análisis pensional realizado, con la salvedad que las pruebas recaudadas conservaran su validez, así como el auto del 7 de julio de 2022, por el cual de admitieron los recursos interpuestos por las partes y se declaró el estudio del asunto en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES.

De esta manera se agota parcialmente la competencia de esta instancia, y dadas las conclusiones arribadas como ya se dijo, se ordenará al Juez *a quo* que proceda de conformidad dando aplicación al artículo 104 del CPACA, atendiendo las motivaciones precedentemente expuestas.

SIN COSTAS en esta instancia.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR los numerales segundo y tercero de la sentencia proferida el 19 de agosto de 2021 por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, a fin de disponer:

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

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

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

TERCERO: DECLARAR la **FALTA DE JURISDICCIÓN y COMPETENCIA** respecto de los numerales cuarto, quinto, sexto, séptimo, octavo, noveno, décimo y undécimo el 19 de agosto de 2021 por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, que se circunscriben al análisis pensional realizado sobre la pensión *post mortem* del causante JORGE ARTURO ROMERO REYES, así como la pensión de sobrevivientes perseguida por los aquí demandantes MARÍA NELSY CAMACHO LEITON y JUAN PABLO ROMERO CAMACHO, según lo expuesto en la parte motiva.

CUARTO: DEVOLVER el proceso ante el Juez *a-quo* con la finalidad que efectúe las desanotaciones de rigor y remita el asunto con destino a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para lo de su cargo, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 104 del CPACA, una vez quede en firme la presente decisión.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **38 2020 00214 01**
Demandante:	HELENA ISABEL STAND BUITRAGO
Demandados:	COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a la abogada MAYRA ALEJANDRA BOHADA ROJAS, identificada con cédula de ciudadanía 1.093.783.369 y T.P. 321.634 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES en contra de la sentencia proferida por el 27 de octubre de 2022 por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora HELENA ISABEL STAND BUITRAGO promovió demanda ordinaria en contra de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., a fin de declararse la nulidad

de la afiliación del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, por lo que debe retornar a COLPENSIONES.

Igualmente, se declare que es beneficiaria del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, al igual que solicitó el traslado del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prima Media con Prestación Definida cuando tenía 45 años de edad.

Como consecuencia de lo anterior, se condene a PROTECCIÓN S.A. devolver con destino a COLPENSIONES los aportes que se encuentren en su cuenta de ahorro individual, así como que se le condene a esta última reconocer y pagar la pensión de vejez consagrada en la Ley 100 de 1993, junto con el retroactivo pensional a que haya lugar, indexación, más lo que resulte probado de manera *ultra* y *extra petita.*

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 22 de septiembre de 1954, así como que a partir del 17 de enero de 1991 se encontraba afiliada en pensiones en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida por intermedio del extinto ISS.

Seguidamente, relató que el 4 de septiembre de 1998 fue afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de la AFP DAVIVIR hoy en día PROTECCIÓN S.A., donde no se produjo la información necesaria al momento del traslado, presentándose así vicios en su consentimiento.

Al unísono, sostuvo que el 2 de junio de 2000 solicitó a la AFP DAVIVIR se produjera su retorno al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, contando para ese momento con 45 años de edad, pero a pesar de ello el ISS no hizo efectivo dicho traslado.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones, manifestando que la aquí demandante se encuentra válidamente afiliada al

Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y no probó error, fuerza o dolo en la afiliación en dicho régimen, suscribiendo libre y voluntariamente el correspondiente formulario de afiliación.

Propuso las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, excepción error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y la innominada o genérica.

Por su parte PROTECCIÓN S.A. adujo que la afiliación de la actora al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se llevó a cabo previo a una asesoría transparente y veraz, que se materializó mediante el formulario de afiliación que suscribiera de manera libre, espontánea y sin presiones, precedida de una asesoría adecuada, correcta y suficiente, afiliación que constituye un acto jurídico válido que produce efectos hasta la actualidad, como quiera que el mismo se llevó a cabo de conformidad con lo establecido en los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, así como el Decreto 692 de 1994.

Formuló como medios exceptivos los denominados inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buen fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 27 de octubre de 2022, dispuso:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia de la afiliación verificada por la señora **HELENA ISABEL STAND BUITRAGO** con destino a la A.F.P. PROTECCIÓN S.A. con la ocasión de la suscripción del formulario de afiliación el 04 de septiembre de 1998, en la AFP DAVIVIER en su*

momento. Lo anterior específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

***SEGUNDO: ORDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y a la **AFP PROTECCIÓN S.A.**, que conjunta y coordinadamente adelanten las gestiones administrativas y financieras tendientes a retornar con destino al Régimen de Prima Media con Presión Definida administrado por **COLPENSIONES**, las cotizaciones integralmente efectuadas y recibidas, respecto de la demandante, con destino al RAIS, durante el tiempo en que permaneció vinculada irregularmente a este régimen, debiendo transferirse las respectivas cotizaciones debidamente indexadas, tomando para el efecto el IPC, que certifique el DANE de acuerdo con la fórmula:*

ÍNDICE INICIAL
_____ X VALOR HISTÓRICO = VALOR INDEXADO
ÍNDICE FINAL (Valor de cada cotización recibida por la AFP)

Así deberá tomarse como índice inicial el del mes en que se verifico la cotización integral correspondiente, y como índice final el del momento que se efectué el traslado de los recursos con destino al Régimen de Prima Media con Presión Definida. Siendo pertinente señalar que las accionadas contarán con un término de 30 días contados a partir de la ejecutoria de la presente sentencia, para finiquitar este procedimiento, resaltando que el pago correspondiente, se podrá hacer tomando para el efecto el importe de sumas que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante y en caso de ser insuficientes, se pagarán con cargo a los recursos propios de la A.F.P. PROTECCIÓN S.A. Lo anterior, por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

Cabe anotar que de subsistir saldos en la cuenta de ahorro individual de la accionante los valores respectivos deberán ser girados con destino al fondo de solidaridad pensional en la forma señalada en la parte motiva de la presente sentencia.

Finalmente, en cuanto a la solicitud de reconocimiento de pensión de vejez, COLPENSIONES deberá adelantar las gestiones pertinentes con el fin de determinar la viabilidad o no del reconocimiento prestacional a la demandante, en los términos de las disposiciones legales que le sean aplicables, en el entendido que nunca estuvo desvinculada del régimen de prima media con prestación definida.

***TERCERO: EXCEPCIONES**, dadas las resultas del juicio, el Despacho declara no probadas las propuestas, respecto de las determinaciones adoptadas.*

***CUARTO: COSTAS**. Lo serán a cargo de la demandada AFP PROTECCIÓN S.A. En firme la presente providencia, por secretaría practíquese la liquidación de costas incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de $1´000.000, en favor de la accionante.*

***QUINTO:** Si no fuere apelada oportunamente la presente sentencia, **CONSÚLTESE** con el SUPERIOR."*

Para arribar a dicha conclusión, el operador de instancia indicó que, como lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, le corresponde a las AFP suministrar a sus potenciales afiliados una información detallada y suficiente sobre los pormenores del traslado con destino al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, información que dentro del presente asunto no logró demostrar la AFP PROTECCIÓN S.A., máxime si se tiene en cuenta que la demandante dentro del interrogatorio de parte no confesó que se le hubiese brindado una información completa respecto de las características de ambos regímenes al tenor de lo preceptuado por la Alta Corporación.

Por otra parte, refirió que la suscripción del formulario de afiliación no puede ser entendida como un aspecto que demuestra el suministro de una información adecuada por parte de PROTECCIÓN S.A. para con la demandante.

En lo que respecta a la pensión de vejez pretendida por la demandante, indicó que una vez regularizada la situación de la actora por parte de COLPENSIONES, le corresponderá a ésta adelantar el estudio de la prestación y, en caso de que tenga derecho a lo perseguido, proceda con el reconocimiento pertinente.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión COLPENSIONES la apeló. Argumentó en su alzada que no es procedente que se declare el traslado de la demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en la medida que de conformidad con el Decreto 692 de 1994 y los postulados de la Corte Constitucional, el derecho de afiliación es libre y, por ende, la escogencias de los diferentes regímenes pensionales, situación que ocurrió dentro del presente asunto respecto de la demandante cuando en su momento se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, más aún si la afiliación se adoptó de manera libre y voluntaria por la actora.

Que tampoco debe desconocerse que el vínculo contractual efectuado por la demandante con PROTECCIÓN S.A. genera obligaciones recíprocas tal como lo establece el artículo 1425 del Código Civil, de ahí que la actora como consumidora financiera deba tener obligación sobre el acto jurídico celebrado.

Por último, indicó que en caso de ordenarse el retorno de la demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, solicitó que se le ordene a PROTECCIÓN S.A. pagar perjuicios económicos generados, como quiera que atendiendo las disposiciones civiles, quien causa el daño es quien debe repararlo.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

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

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

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

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

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro*

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

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *"ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial […] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto",* criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

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

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

> *"Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no*

beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento".

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fue aportado el formulario de afiliación que efectuara la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A. el 4 de septiembre de 1998 (PDF 01 - Fl. 24 – ESCRITO DEMANDA y PDF 12 Fl. 31 – CONTESTACIÓN PROTECCIÓN S.A.), formulario que si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *"Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado".*

Por otra parte, la aquí demandante señora HELENA ISABEL STAND BUITRAGO en el interrogatorio no confesó situación alguna de que al momento del traslado que hiciera al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través

de la extinta DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A. se le hubiese brindado una asesoría ajustada a derecho, incluido tal aspecto sobre las implicaciones, ventajas y desventajas entre ambos regímenes pensionales, entre otras situaciones de asesoría que entendiera de manera fehaciente la total información suministrada; por el contrario, lo que manifestó que los asesores de la AFP se acercaron con manifestaciones tales como que el antiguo ISS se extinguiría, por lo que sería más benéfico realizar el traslado al régimen privado, de allí que se pueda colegir la notoria falta de información por parte de la hoy PROTECCIÓN S.A. por cuanto no se obtuvo confesión alguna de la debida asesoría al tenor de los preceptos emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, carga probatoria que por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

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

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

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

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

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

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

> *"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*
>
> *"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es,*

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

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

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

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

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

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

"Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por COLPENSIONES, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a

cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiara, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas de la accionante al no haber cotizado en el Régimen

de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se han efectuado en un fondo público o en una cuenta individual, luego, acorde con tales consideraciones resultan imprósperos los argumentos esbozados por COLPENSIONES en su alzada en el entendido que debe existir condena a razón de perjuicios por parte de la PROTECCIÓN S.A., en tanto, al retornarse las contingencias referidas, evidente es que existe satisfecho un financiamiento como consecuencia de una posible prestación a la demandante.

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

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

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

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

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

Así las cosas, es evidente que los gastos de administración deban indexarse, más aún cuando tal aspecto en manera alguna se compensa por los rendimientos, como lo señala la AFP. Así las cosas, la sentencia será confirmada.

Es así como no la decisión de primer grado habrá de adicionarse y modificarse. **SIN COSTAS** en esta instancia.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia proferida el 27 de octubre de 2022 por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, a fin de disponer:

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

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

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

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **41 2021 00359 01**
Demandante:	FABIO COLORADO BARRIGA
Demandados:	COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada COLPENSIONES en contra de la sentencia proferida el 6 de octubre de 2022 por el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor FABIO COLORADO BARRIGA promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y COLFONDOS S.A., con la finalidad que se declare la ineficacia de su traslado y afiliación a través de COLFONDOS S.A., por cuanto no existió una decisión informada. Igualmente, se declare que el traslado de régimen pensional no se dio de manera libre y voluntaria. Asimismo, pretende se declare que COLFONDOS S.A. debe trasladar todos los aportes, junto con sus rendimientos a COLPENSIONES, entidad que debe recibir sus aportes y activar su afiliación al régimen que administra.

Consecuencialmente, pretende se condene a COLFONDOS S.A. trasladar a COLPENSIONES todos sus aportes junto con sus rendimientos debidamente detallados, y se condene a COLPENSIONES a recibir los aportes y activar su afiliación. Finalmente, solicita se condene a lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra* y *extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus aspiraciones, expuso que nació el 12 de abril de 1960 y que se afilió al régimen de prima media con prestación definida el 12 de diciembre de 1988 al cual estaba afiliado cuando fue trasladado a COLFONDOS S.A. el 28 de octubre de 1998, el cual fue efectivo a partir del 1º de diciembre de 1998.

Afirmó que COLFONDOS S.A. al momento de la afiliación no le brindó la información adecuada y completa acerca del régimen de ahorro individual con solidaridad, sobre los posibles riesgos del régimen de ahorro individual con solidaridad, ni le informó sobre las características, condiciones, servicios y diferencias frente al régimen de prima media, tampoco le brindó información sobre las ventajas y desventajas de uno y otro régimen.

Precisó que actualmente se encuentra afiliado a COLFONDOS S.A. el cual en respuesta al derecho de petición que elevó, le indicó el 10 de septiembre de 2021 que al no contar con el capital suficiente tiende derecho a la garantía de pensión mínima del régimen de ahorro individual con solidaridad. Igualmente, refirió que el 25 de agosto de 2021 solicitó a COLPENSIONES la nulidad del traslado de régimen y la reactivación de su afiliación en el régimen que administra, pedimento que fue despachado de manera desfavorable. (Archivo 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones, indicando que la afiliación del actor es válida ya que se realizó de manera libre, voluntaria y sin presión alguna; además, señaló que todas las actuaciones de esa entidad deben estar encaminadas en pro del cumplimiento del principio

constitucional de sostenibilidad financiera del sistema y de las disposiciones legales instauradas con la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003 y el Acto Legislativo 01 de 2005.

Propuso las excepciones de mérito de la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de COLPENSIONES, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos inexistencia del derecho reclamado, prescripción, aplicabilidad de la sentencia SL373 de 2021 a quienes acrediten un derecho consolidado en el régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) y la innominada o genérica. (Archivo 13).

Entre tanto, COLFONDOS S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda, señalando que brindó al demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones que le conllevaría su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, en la que se le asesoró acerca de las características de dicho régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el RPMPD, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen.

Como excepciones de mérito señaló las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, la innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago. (Archivo 14).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 6 de octubre de 2022, resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por FABIO COLORADO BARRIGA del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.*
>
> *"SEGUNDO: ORDENAR a la COLFONDOS S.A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, debidamente indexados al momento de realizarse la transferencia.*
>
> *"TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES a recibir los dineros provenientes de la AFP COLFONDOS S.A., y efectuar los ajustes en la historia pensional del actor.*
>
> *"CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.*
>
> *"QUINTO: CONDENAR en costas, incluidas las agencias en derecho, a cada una de las demandadas COLFONDOS S.A., y COLPENSIONES, y a favor del demandante (…)".*

Para arribar a dicha conclusión, el *a-quo* fundó su decisión en los artículos 271 de la Ley 100 de 1993, numeral 1º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 y el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, así como en las sentencias con Radicado No. 31989-2008, la SL1688-2019 y la SL3349-2021, en las cuales la Corte ha señalado que si no se verifica una debida asesoría al actor por parte de la AFP al momento del traslado, ello se considera como un violación a la libre escogencia del régimen pensional, por ende, el traslado queda sin efecto.

Además, manifestó que conforme lo adoctrinado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en lo que atañe a la carga de la prueba, la misma corresponde a COLFONDOS S.A. a quien debe demostrar a través de los diferentes medios probatorios que cumplió con el deber informar y asesorar al actor como requisito esencial para la validez del acto jurídico de traslado, igualmente dijo que si bien dicha demandada adujo que no se oponía a las pretensiones de la demanda, era menester verificar la procedencia de la ineficacia, en tanto, a la litis también fue llamada COLPENSIONES como litis consorte necesario, la cual se opuso a las pretensiones de la demanda.

Dicho esto, estimó que no se verificó el cumplimiento del deber de información, en tanto no se probó una asesoría suficiente y objetiva para con el demandante en atención a su situación pensional, puesto que, si bien se allegó al proceso el formulario de afiliación suscrito por el gestor, esa situación no puede entenderse como una información ajustada a derecho, por lo que procede la declaratoria de la ineficacia.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

La demandada COLPENSIONES inconforme con la decisión la apeló. Al respecto, argumentó que en la sentencia de instancia no se tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica, en el entendido que COLPENSIONES es un tercero ajeno en el acto jurídico celebrado el actor y COLFONDOS S.A., el cual solo tiene efectos inter partes, ya que independiente de la decisión adoptada en la sentencia de primer grado, no puede ser favorecida ni perjudicada, luego, de insistirse en la declaratoria de ineficacia se estaría afectando gravemente el equilibrio financiero de la entidad el cual fue establecido en el artículo 48 de la Constitución Política y Acto Legislativo 01 de 2005.

De otro lado, adujo que el actor se encuentra inmerso en la prohibición de traslado de régimen establecida en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003. Asimismo, aludió que en los casos en que se declara la ineficacia del traslado, la jurisprudencia ha establecido que hay lugar a retornar la totalidad de la cotización, es decir, con todos los recursos de la cuenta individual de ahorro, porcentaje destinado al fondo de pensión mínima, porcentaje destinado al pago seguros previsionales y gastos de administración. Igualmente, expuso que, de confirmarse la sentencia de instancia, solicita se condene al fondo privado a pagar los perjuicios económicos que se generan a la entidad.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

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

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

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

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

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido".*

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *"ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones*

deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto", criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

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

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

> *"Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento".*

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, o si se trasladó de manera horizontal, hechos estos últimos que resultarían

irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido, contrario a lo aducido por COLPENSIONES en su alzada.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que efectuó el actor el 28 de octubre de 1998, con COLFONDOS S.A., lo cual se colige del reporte SIAF en el que se evidencia que dicha afiliación se efectivizó a partir del 1º de diciembre de esa misma anualidad. (Fls. 104 y 107 archivo 14). No obstante, huelga memorar lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, sobre lo atinente al formulario de afiliación *"Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado".*

Por otra parte, el actor en el interrogatorio de parte que depuso adujo que una asesora de COLFONDOS se acercó a su lugar a de trabajo, mencionándole que el ISS iba a desaparecer, por lo que debía trasladarse al fondo privado; refirió que la asesora fue quien diligenció el formulario, sin que se le explicaran las características de los regímenes pensionales. De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna sobre el pleno suministro de una debida información por parte de COLFONDOS S.A.; luego, según lo ha adoctrinado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, luce evidente la carencia probatoria de esa encartada para soportar la inversión de la carga de la prueba que le asiste, lo cual por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

> *"Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia*

que PORVENIR S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a COLPENSIONES, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Así las cosas, se adicionará y modificará la orden emitida en primera instancia, conforme lo solicita la apelante en su alzada. Respecto a la solicitud de pago de perjuicios que deprecada COLPENSIONES en su impugnación, debe indicarse que el *sub examine* gira en torno a la declaratoria de ineficacia del traslado, sin que se hubiese abordado desde el inicio tal pedimento, luego, en esta instancia no tiene cabida tal análisis.

SIN COSTAS en esta instancia.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR los numerales primero y segundo de la sentencia proferida el 6 de octubre de 2022 por el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, a fin de disponer:

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

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

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

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado