



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

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN. 11001 31 05 **019 2018 00619** 01
DEMANDANTE: CARMEN CECILIA ORTIZ LATORRE
DEMANDADAS: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES y COLFONDOS SA PENSIONES Y
CESANTÍAS
VINCULADA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN
PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE
LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP

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

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por la demandante, Colfondos SA y Colpensiones y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de dicha entidad, respecto de la sentencia proferida el 18 de enero de 2022, por el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende la demandante que se declare la nulidad de su vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Colfondos, y en consecuencia, se le ordene a dicha AFP trasladar a Colpensiones-, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación en su cuenta de ahorro individual debidamente indexados; que se le ordene a Colpensiones aceptar su vinculación en el régimen de prima media con prestación definida y que le reconozca y pague la pensión de vejez, conforme el Acuerdo 049 de 1990 desde el 16 de agosto de 2005, junto con los intereses moratorios y la indexación de la primera mesada pensional (pág. 43-45 arch. 1 C01).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 10 de agosto de 1955 por lo que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 era beneficiaria del régimen de transición; prestó servicios al sector público y al privado y al año 2005 logró acumular más de 20 años de servicio aportados al régimen de seguridad social en pensión; fue inducida en error de manera equívoca para trasladarse del RPMPD al RAIS administrado por Colfondos el 2 de septiembre de 1996, diciéndole que nunca perdería los beneficios del RPMPD pero sin indicarle los riesgos, ventajas y desventajas de efectuar el traslado, ni darle una información idónea para asumir objetivamente una determinación.

Agregó que el extinto ISS tampoco procuró darle una información acerca de su solicitud de traslado; que ha efectuado trámites desde hace más de 4 años para procurar regresarse al RPMD, por lo que solicitó el 20 de diciembre de 2013, el 27 de octubre de 2016 y el 16 de mayo de 2017 la nulidad de la afiliación en el RAIS, la aceptación en el RPMD y el reconocimiento de la pensión de vejez, respectivamente, pero las solicitudes fueron respondidas en forma negativa por las demandadas (pág. 39-43 *idem*).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue admitida el 8 de octubre de 2018, ordenando su notificación y traslado a las demandadas (pág. 72 *idem*), quienes dieron respuesta en término oportuno.

Colpensiones presentó oposición a lo pretendido. En su defensa propuso como excepciones las de inexistencia del derecho reclamado, buena fe y prescripción (págs. 79-88, 104 *idem*).

Colfondos SA se opuso a las pretensiones. En su defensa propuso como excepciones las de validez de la afiliación a Colfondos, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho y prescripción (pág. 110-120, 138 *idem*).

En auto del 13 de noviembre de 2020, se ordenó la vinculación de la UGPP (pág. 158, 159 *idem*), y en proveído del 20 de mayo de 2021, se ordenó comunicar la existencia del proceso a la Procuraduría General de La Nación (pág. 167 *idem*), quien guardó silencio.

La UGPP, señaló que al tenor de lo dispuesto en el art. 78 de la Ley 1753 de 2015 no administra fondos de pensiones ni certifica aportes al sistema, tampoco expide bonos ni cuotas partes pensionales, dado que esa obligación está a cargo del Ministerio de Hacienda y Crédito Público o de la entidad empleadora, así que solicitó ser desvinculada del litigio y para tal efecto interpuso como excepciones de mérito la de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, prescripción de las mesadas (arch. 4, págs. 11, 182 arch. 1 C01).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, a pesar de haber sido legalmente notificada guardó silencio (pág. 75, 104 *idem*).

III.SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 18 de enero de 2022, declaró la ineficacia del traslado efectuado el 1º de noviembre de 1996 por la demandante, a través de la AFP Colfondos SA, para declararla válidamente afiliada al RPMPD desde el 16 de agosto de 1993, como si nunca se hubiera trasladado. Condenó a Colfondos a trasladar a Colpensiones los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, como cotizaciones, aportes adicionales o voluntarios, bonos pensionales, rendimientos financieros, intereses, comisiones, gastos de administración, debidamente indexados. Finalmente, absolvió a las demandadas de las demás pretensiones incoadas y se abstuvo de imponer costas en la instancia.

Consideró que conforme a la línea jurisprudencial de la corte, la AFP desde su creación estaba obligada a dar información a la afiliada previo al traslado, para que tomara una decisión consciente; que el deber de información es ineludible y no se suple con la declaración contenida en el formulario, ya que solo demuestra el consentimiento pero no que fue informado, carga de la prueba que corresponde a la AFP; que conforme a las pruebas evacuadas en el proceso, la AFP Colfondos no cumplió con la carga de la prueba para acreditar que cumplió a cabalidad con el deber legal de información suficiente y transparente, con el fin de que conociera las ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales, así como todas aquellas implicaciones que tuviera el traslado de régimen pensional y si eventualmente la demandante era beneficiaria del régimen de transición, a fin de que pudiera tomar una decisión verdaderamente

informada sobre lo que ella considerada mejor para su futuro.

Negó el reconocimiento pensional a cargo de Colpensiones, en la medida en que en la última historia laboral allegada por Colfondos se evidencia como último ciclo cotizado agosto de 2012, sin que se haya registrado la novedad de retiro del sistema, necesaria para poder establecer si se reúnen los requisitos mínimos legalmente previstos para ello, pues ha de tenerse en cuenta hasta la última semana legalmente cotizada para iniciar el disfrute de la prestación, dado que se acreditó la intención de seguir cotizando luego de la posible fecha de causación del derecho con el fin aumentar su monto pensional. Dijo que no hay lugar a la prescripción como quiera que el asunto está ligado a la construcción del derecho pensional y por tanto es imprescriptible al ser el derecho a la seguridad social irrenunciable (págs.. 186-190 archs. 1 y 5 C01).

IV.RECURSOS DE APELACIÓN

La **demandante**, argumentó que si bien se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional y se ordenó a Colpensiones aceptarla como si nunca se hubiera efectuado dicho traslado, significa que conserva los beneficios del régimen de transición porque cumplió los requisitos del art. 36 de la Ley 100 de 1993, de manera que se le puede aplicar el Acuerdo 049 de 1990 para el estudio de la pensión de vejez sumando los tiempos públicos y privados cotizados en toda su vida laboral, a pesar de que no existe una novedad de retiro del sistema general de pensiones, que sería el momento en el cual disfrute, máxime cuando el fondo privado de pensión debió requerir al último empleador con el fin de que reportara tal situación y de ser del caso, efectuara el pago de las posibles mesadas en mora.

Colfondos SA, apeló la sentencia proferida, tras considerar que solo es procedente la devolución de los aportes de la cuenta de ahorro individual de la demandante más los rendimientos financieros generados por la gestión del fondo, pero no los descuentos por comisiones o gastos de administración, como quiera que estos fueron utilizados en la generación de rendimientos que acrecentó la cuenta de la demandante por más de 25 años, que no hubiera obtenido si estuviera afiliada a Colpensiones, pues estos descuentos fueron realizados bajo el imperio de la ley como contraprestación a una buena gestión en la administración de los recursos, de ahí que considera que tal orden genera un enriquecimiento sin causa de la demandante, pues resultan ser conceptos

totalmente excluyentes frente a lo que realmente sí debe devolverse a Colpensiones, vulnerándose así el derecho de la AFP de las restituciones mutuas, con frutos, intereses y mejoras y la igualdad del trato en el marco de una relación contractual precedida de la buena fe.

Colpensiones, adujo en lo que tiene ver con el deber de información, no es dable requerir tal situación cuando la realidad del momento era la Ley 100 de 1993 y por tanto era suficiente la manifestación libre, espontánea y expresa de un afiliado plasmada en el formulario de afiliación a la AFP con el fin de trasladarse de régimen, como sucedió en el presente caso; aunado a que para esa época no se encontraba vigente el deber de dar doble asesoría a los afiliados porque tal obligación surgió legalmente en el año 2014, por lo que el presente caso debe ser analizado bajo la normatividad vigente al momento del traslado de régimen pensional, de lo contrario se vulnera el principio de confianza legítima, sin que sea viable exigir requisitos que tales leyes no exigían. Considera que se vulneró el derecho al debido proceso de la entidad, dado que no participó en el trámite de traslado de régimen pensional y aún así debe asumir la carga de la prestación al no tener en cuenta el principio de la relatividad jurídica y que los actos jurídicos solo tienen efectos interpartes, siendo Colpensiones un tercero.

Solicita se tenga en cuenta la afectación a la sostenibilidad financiera del sistema, que se vería afectado con un eventual reconocimiento pensional, cuando la demandante no ha realizado aportes allí durante casi 25 años y en todo caso, no puede pasarse por alto que el afiliado no puede trasladarse de régimen pensional cuando le falten 10 años o menos para cumplir la edad pensional. Finalmente, señaló que en caso de que se confirme la decisión, solicita se ordene el traslado de absolutamente todos los recursos que tiene la demandante en su cuenta de ahorro individual, como aportes, rendimientos, bonos pensionales, cuotas de seguros previsionales, cuotas de administración, gananciales, mermas en dicha cuenta y solicitó entonces, que se adicione la sentencia en el sentido de que la obligación de hacer a cargo de la entidad, como lo es el recibir a la demandante y activar su afiliación, solo se puede hacer efectiva una vez la AFP cumpla sus obligaciones para reintegrar los recursos y actualice la información de la demandante en la respectiva base de datos y así poder hacer el estudio para un posible reconocimiento pensional.

La **UGPP** solicitó adición de la sentencia, para que se indique la situación de la UGPP como entidad vinculada, frente a lo cual no se accedió dado que de

dejó expresamente un numeral exclusivo frente a la absolución de las pretensiones frente a todos los involucrados dentro de los que se encuentra esta entidad.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 10 de octubre de 2022 se admitió el recurso interpuesto y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones; y, conforme a lo normado en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (arch. 04 C02).

La demandante, Colpensiones y la UGPP, presentaron alegaciones de instancia reiterando los argumentos expuestos en la demanda, contestación y en los recursos (arch. 05 C02). Colfondos guardó silencio.

VI. ACLARACIÓN PREVIA

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

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se

exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, se acatará en este asunto y en los sucesivos, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

VII. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo previsto en los artículos 66A y 69 del CPTSS, el problema jurídico a resolver, consiste en verificar si el traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, surtió plenos efectos jurídicos, o si por el contrario, fue ineficaz por falta de información suficiente por parte de la administradora privada demandada, que le permitiera contar con un consentimiento informado en la celebración del acto jurídico; y en tal caso, cuáles son las consecuencias jurídicas de tal declaratoria, entre ellas si es procedente la devolución de las comisiones y los gastos de administración; y, si hay lugar a ordenar a Colpensiones reconocer la pensión de vejez al amparo de lo dispuesto en los arts. 36 de la Ley 100 de 1993 y 12 del Acuerdo 049 de 1990 y si para tal efecto, es viable acumular tiempos privados y públicos no cotizados al ISS.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 16 de agosto de 1955 (pág. 35, arch. 1 C01 y subcarpeta 2 C01); **ii)** laboró en el sector público como Auxiliar Técnico Código 4110 Grado 05 a nivel Nacional para el Instituto Colombiano de Construcciones Escolares – ICCE Regional Santander, entre el 19 de enero de 1979 y el 23 de noviembre de 1983, y también prestó servicios como Dibujante 4095-06 para el Instituto Nacional de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana Inurbe en Liquidación, entre el 25 de noviembre de 1983 y el 8 de marzo de 1992 con 19 días de interrupción (en los años 1985 y 1989), tiempos para los cuales sus empleadores cotizaron a Cajanal (págs. 26-33 arch.1 C01 y subcarpeta 2 C01); **iii)** cotizó al extinto ISS entre el 16 de agosto de 1993 hasta el 30 de septiembre de 1996 un total de 134.17 semanas (págs. 25, 89-91 arch.1 C01, y subcarpeta 2 C01); **iv)** el 2 de septiembre de 1996 se trasladó al RAIS administrado por la AFP Colfondos, con fecha de efectividad desde el 1º de noviembre de 1996 (págs. 34, 122, 130 arch. 1 C01), administradora en la que actualmente se encuentra afiliada con un total de

717,71 semanas a 23 de abril de 2019, conforme la certificación e historias laborales consolidadas emitidas por la mencionada AFP (pag. 123-129, 184, 185 *idem*).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

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

En el caso que ocupa la atención de esta Sala, la demandante se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por **Colfondos SA**, el 2 de septiembre de 1996, AFP a la que se encuentra actualmente afiliada, y si bien en el formulario de vinculación n.º 787043 (págs. 34, 130 arch. 1 C01) se

hace referencia expresa a que la decisión se adoptó de manera libre, espontánea y sin presiones, conforme al mandato del art. 114 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con lo previsto en el art. 11 del Decreto 692 de 1994, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP Colfondos SA, que hubiere suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración del acto jurídico de traslado de régimen, para establecer la existencia de un consentimiento informado por parte del afiliado para esa época, tal como lo concluyó la *a quo*, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico de la afiliación al régimen de ahorro individual, así como del traslado posterior verificado, por lo que se **confirmará** la decisión de declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** de régimen pensional realizado por la demandante el 2 de septiembre de 1996 con su afiliación a la AFP Colfondos SA, efectiva desde el 1º de noviembre siguiente (págs. 34, 122, 130 arch. 1 C01).

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

económicas que correspondan en el régimen de prima media, en los términos de la jurisprudencia vigente.

Respecto de la excepción de prescripción, el órgano de cierre de esta jurisdicción ha precisado de manera reiterada que la acción de ineficacia de traslado pensional es imprescriptible, «(...) pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción»¹, por lo que resulta acertada la decisión de la jueza de primera instancia, y ello se hace extensivo a la totalidad de conceptos que son objeto de devolución, como consecuencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen.

Por lo expuesto, se **adicionaré** el numeral TERCERO de la sentencia apelada y consultada, para ordenar a la AFP Colfondos SA, a la devolución además de primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, y a efectuar la discriminación y detalle de los valores a devolver.

Ahora, en lo que tiene que ver con la pensión de vejez, ha de indicar la Sala que, teniendo en cuenta los efectos de la ineficacia del traslado del régimen pensional establecidos previamente, se encuentra acreditada en este caso, la calidad de beneficiaria del régimen de transición de la demandante, según lo previsto en los arts. 36 de la Ley 100 de 1993 y 2º del Decreto 691 de 1994, pues a 1º de abril de 1994, contaba 39 años de edad debido a que nació el 16 de agosto de 1955 y se encontraba afiliada al subsistema general de pensiones cotizando a Cajanal entre enero de 1979 y marzo de 1992 y ante el extinto ISS desde agosto de 1993 (pág. 25, 26-33, 35, 89-91 arch. 1 C01 y subcarpeta 2 C01); además, que las prerrogativas contenidas en dicha preceptiva se extendieron a su favor hasta el 31 de diciembre del año 2014, ya que al 29 de julio de 2005, fecha en que entró en vigencia el Acto Legislativo 01 de ese año, conforme la publicación del Diario Oficial 45984 la misma data, registra un total de 968.47 semanas, de manera que le serían aplicables las disposiciones contenidas tanto en la Ley 71 de 1988 y el Acuerdo 049 de 1990, aprobado este último por el Decreto 758 del mismo año, en cuanto a la edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y el monto de la pensión.

¹ CSJ SL1688-2019.

Sin embargo, el art. 7.º de la Ley 71 de 1988, reglamentado por el Decreto 2709 de 1994, exige como requisitos para acceder a dicha prestación, acreditar 20 años de aportes privados o públicos sufragados en cualquier tiempo, sin importar si son cotizados a una caja o al ISS y 55 años de edad para el caso de las mujeres. La edad exigida, la demandante la cumplió el 16 de agosto de 2010, no obstante, revisadas tanto los certificados de información laboral expedidos por los Ministerios de Vivienda, Ciudad y Territorio y de Educación Nacional (págs. 26-33 arch.1 C01 y subcarpeta 2 C01), como el reporte de semanas cotizadas en el extinto ISS hoy Colpensiones (págs. 25, 89-91 arch.1 C01, y subcarpeta 2 C01) y las historias laborales consolidadas emitidas por la AFP Colfondos SA el 23 de abril de 2019 y el 7 de diciembre de 2021 (pag. 123-129, 184, 185 *idem*), se tiene que la demandante no completa el equivalente a 7200 días de aportes o 1028,57 semanas (CSJ sentencia SL16440-2015), porque a lo largo de su vida laboral completó 968.47 semanas, siendo su última cotización registrada en el RAIS el 31 de marzo de 2005.

Sobre este requisito, se debe indicar que la contabilización de tiempos realizada por esta Sala tiene como sustento lo reiterado en sentencias STL5898-2016, SL3794-2015, SL., 22 jul. 2009 rad. 35.402, entre otras de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, así como la del 4 de marzo de 1999 Rad. N° 12.503 de la Subsección B de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado y la T-248-2008 de la Corte Constitucional, en donde se indica que con posterioridad a enero de 1995 los años se contabilizan con base en 360 días al año.

Ahora, el art. 12 del acuerdo 049 de 1990, establece los requisitos para acceder a la pensión de vejez, contar con 55 años de edad en el caso de las mujeres, y tener un mínimo de 500 semanas cotizadas en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima para causar la pensión o 1000 semanas en cualquier tiempo; empero, a pesar de que la edad la cumplió el 16 de agosto de 2010, lo cierto es que solo registró 287.04 semanas en el sector privado en toda su vida laboral hasta el 31 de marzo de 2005, claramente haciendo la sumatoria del tiempo cotizado en el extinto ISS y en el RAIS por lo tanto, se concluye que no cumple con las exigencias de la norma mencionada.

En este punto se precisa que, la suscrita Magistrada Ponente, considera que no es procedente la sumatoria o acumulación tiempos de servicio en el sector público sin cotización al ISS, hoy Colpensiones, con aportes efectuados a esa

entidad, con el fin de acreditar las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez prevista en el Acuerdo 049 de 1990, en aplicación del régimen de transición consagrado en el art. 36 de la Ley 100 de 1993.

Empero, la Sala mayoritaria considera que sí hay lugar a ello, teniendo en cuenta el criterio adoptado recientemente por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias CSJ SL1947 y SL1981 ambas de 2020, que admite esa sumatoria para tales efectos, por lo que se procede a efectuar el análisis correspondiente, encontrando que tampoco completa la demandante las 1000 semanas en cualquier tiempo con tiempos públicos y privados, pues se itera, a lo largo de su vida laboral completó 968.47 semanas, de las cuales únicamente reunió 368.18 semanas dentro de los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, esto es, entre el 16 de agosto de 1990 y el 16 de agosto de 2010, sumando las 152.87 semanas que registran como cotizadas en el RAIS, las 134.17 semanas aportadas al ISS, y el tiempo prestado en el sector público para el Instituto Nacional de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana Inurbe en Liquidación entre el 16 de agosto de 1990 y el 8 de marzo de 1992 cotizado a Cajanal, equivalente a 81.15 semanas, resultando entonces insuficientes para reunir las 500 semanas dentro de los últimos 20 años anteriores a cumplir los 55 años de edad; por ende, contrario a lo planteado por la demandante en su apelación, ni aún por virtud de la aplicación del nuevo criterio jurisprudencial que avala la acumulación de tiempos públicos no cotizados al ISS con los aportes efectuados en dicha entidad, causó su derecho pensional bajo las disposiciones del Acuerdo 049 de 1990.

Así las cosas, como tampoco la demandante logró completar las exigencias establecidas en el art. 9.º de la Ley 797 de 2003, que modificó el art. 33 de la Ley 100 de 1993, por cuanto como se vio, completó 55 años de edad en el año 2010, pero para esa data se exigía un mínimo de 1175 semanas de cotización, requisito que no completa dado que cuenta con apenas 968.47 semanas en total, con la advertencia de que podrá continuar realizando cotizaciones al sistema hasta completar el mínimo legal exigido y volver a solicitar el reconocimiento pensional en cuanto reúna las semanas exigidas en el régimen de prima media con prestación definida del cual nuevamente hace parte; de ahí que sean estas las razones por las cuales se **confirma** la absolución de primera instancia, en cuanto a la **absolución** del pedimento relacionado con el reconocimiento de la pensión de vejez.

Sin costas en la alzada.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral tercero de la sentencia proferida el 18 de enero de 2022, por el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en cuanto a que la **Colfondos SA Pensiones y Cesantías** deberá devolver también, con destino a Colpensiones, además de los conceptos allí relacionados, las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, discriminando la totalidad de los conceptos objeto de devolución, con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado, y demás, según lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada, según lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente

(Con aclaración de voto anexa)



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO
Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:

<https://etbcsj->

[my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EkLJRbov3MdFjTQAa5fcFFEBBpe3bDgn-Fxij1FY-0fA_w?e=SWGdcR](https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EkLJRbov3MdFjTQAa5fcFFEBBpe3bDgn-Fxij1FY-0fA_w?e=SWGdcR)

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

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

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

Código de verificación: **c5da52575aa99fb3f5b086caefd2362be841a235e1077e18888f1a6aa099e30b**

Documento generado en 13/12/2022 11:33:20 AM

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

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

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: CARMEN CECILIA ORTIZ LATORRE
Demandada: Colpensiones
Radicación: 11001-31-05-**019-2018-00619-01**

Con el acostumbrado respeto, en adición a la aclaración previa como ponente, antepuesta a las consideraciones, resulta necesario precisar que me aparto del criterio mayoritario de la Sala vertido en la decisión, en torno a la posibilidad de acumular tiempos de servicio en el sector público sin cotización al ISS, hoy Colpensiones, con aportes efectuados a esa entidad, con el fin de acreditar las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez prevista en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, en aplicación del régimen de transición consagrado en el art. 36 de la Ley 100 de 1993.

Lo anterior, por cuanto considero que esa sumatoria o acumulación en general resulta improcedente, si de aplicar el citado reglamento del ISS se trata, con independencia de que se le haga producir efectos de manera directa o por virtud del régimen de transición; en este último evento, respecto del que disiento del cambio de criterio adoptado recientemente por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (CSJ SL1947-2020), el que por demás está indicar, en la actualidad no cuenta con mayoría; y, comparto los argumentos de los magistrados que se apartaron de manera categórica de ese cambio jurisprudencial.

Al respecto, considero que si el régimen de transición remite a la legislación aplicable antes de la vigencia del sistema pensional contenido en la Ley 100 de 1993, en cuanto a la edad, el tiempo de servicios o semanas cotizadas y el monto de la pensión, ha de atenderse justamente a lo previsto por esa normatividad, para verificar la forma en la que se cumplen esos supuestos, y en el caso del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, ninguna de sus disposiciones permite la sumatoria de tiempos de servicio público no cotizados al ISS, ni de aquellos sufragados en otras cajas de previsión social, con los que fueron efectivamente cotizados al Instituto, por el contrario, el art. 12 del Acuerdo establece como requisito para acceder a la pensión de vejez, un mínimo de **semanas de cotización** que deben ser **pagadas** o **sufragadas** en los lapsos allí referidos, lo que permite fácilmente concluir que se excluyen allí los tiempos de servicios no cotizados a la entidad.

Así mismo, en mi sentir resulta de suma relevancia que el referido acuerdo fue expedido por el Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios, con la finalidad de regular exclusivamente las prestaciones reconocidas por el ISS, en las condiciones previstas en ese reglamento, esto es, en virtud de los aportes realizados

a la entidad, con la tasa de reemplazo y el ingreso base de liquidación que estaba acorde con el funcionamiento de ese régimen pensional, sin prever o permitir la acumulación de tiempos, que se encontraba ya regulada por la Ley 71 de 1988, aplicable también en virtud del régimen de transición.

Finalmente, insisto en que me sumo a los planteamientos expuestos en los salvamentos de voto con los que cuenta el citado cambio de criterio (CSJ SL1947-2020), en particular lo expuesto por los H. Magistrados Dr. Fernando Castillo Cadena y Dr. Jorge Luis Quiroz Alemán (qepd), último del que me permito citar en adición a lo expuesto, la siguiente consideración que comparto en su integridad, como razón aneja para apartarme de manera razonada y justificada del nuevo criterio jurisprudencial:

“No menos importante resulta advertir, que esa ampliación o extensión de las posibilidades de aplicación del régimen de transición, no se acompasa con la finalidad del mismo, esto es, la protección de las expectativas pensionales de quienes se encontraban en camino de construcción de su pensión, pues las llamadas a ser protegidas eran aquellas que conforme a esa normatividad que les era aplicable antes del tránsito legislativo, les permitirían el reconocimiento de una pensión de vejez por el cumplimiento de los requisitos allí previstos, y en este sentido, si no se contemplaba la sumatoria de esos tiempos en el régimen respectivo, y en consecuencia, no podían acceder así a las prestaciones pensionales, no existe ahora ninguna razón para que en virtud del régimen de transición sí sea posible.

Y es que, en ese escenario, no solo se mantendrían las condiciones pensionales anteriores, sino que se convertirían tales prerrogativas en una nueva modalidad de prestación, más benévola que las que venían rigiendo, creándose con ello un nuevo régimen, lo que a su vez contraría algunas de las finalidades con las que se instituyó el nuevo sistema pensional, que justamente pretendió unificar los múltiples regímenes existentes, procurando entre otros, lograr igualdad en las condiciones de acceso a las prestaciones del sistema, así como mayor cobertura y su sostenibilidad financiera, y en vez de ello, con el nuevo criterio, se estarían perpetuando, y aun incrementando, las desigualdades que venían rigiendo con anterioridad”.

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

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

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

Código de verificación: **1aaa15baf75a524f0a6f1e3ca41efdb04d03195c21a674b0d5207077d77ad6c4**

Documento generado en 07/12/2022 06:44:29 PM

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



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

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN. 11001 31 05 **007 2020 00230 01**
DEMANDANTE: JOSÉ ELIÉCER ZAMBRANO GARCÍA
DEMANDADAS: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA y
COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS SA

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

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por Porvenir, Colfondos y Colpensiones, así como surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor ésta, respecto de la sentencia proferida el 8 de junio de 2022, por el Juzgado 7° Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende el demandante que se declare la nulidad e ineficacia de las vinculaciones que tuvo en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con Porvenir SA y Colfondos SA, por carecer de validez al existir vicios del consentimiento. En consecuencia, se ordene a dichas administradoras a trasladar los dineros que reposan en la cuenta de ahorro individual con sus respectivos rendimientos, cuotas de administración y demás descuentos realizados y a Colpensiones a recibir tales recursos.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 4 de agosto de 1960; que ha cotizado al sistema general de pensiones con las demandadas; que los procesos de afiliación y traslado realizados con Porvenir SA y Colfondos SA, se llevaron a cabo con base en información escasa, confusa, amañada, no veraz, no oportuna ni confiable; que en su caso se verificó conflicto masivo por multiafiliación el cual se dirimió en agosto de 2007 a favor de Porvenir, cuando contaba con 46 años, sin que fuera informado sobre el particular; y que, presentó reclamo ante las llamadas a juicio (pág. 1 a 14, archivo 2).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue admitida el 3 de septiembre de 2020, ordenando su notificación y traslado a las demandadas (archivo 4), quienes dieron respuesta en término oportuno.

La **Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones** se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda y en su defensa propuso las excepciones que denominó descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, errónea e indebida aplicación del art. 1604 del CC y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público (pág. 2 a 37, archivo 5).

Colfondos SA Pensiones y Cesantías presentó oposición a lo pretendido y propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos SA, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y compensación y pago (pág. 1 a 16, archivo 6).

La **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA** se opuso a las pretensiones y como excepciones perentorias formuló las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y compensación (pág. 1 a 36, archivo 7).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (archivo 15).

III.SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 7º Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 8 de junio de 2022, declaró la ineficacia de las afiliaciones realizadas por el demandante a Porvenir SA el 21 de julio de 1999, mediante formulario n.º 01212284 y a la AFP Colfondos SA el 19 de mayo de 2021, mediante formulario n.º 10602346. A su vez, le ordenó a Porvenir SA y a Colfondos SA trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular el demandante, incluyendo los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones, igualmente, le ordenó a Porvenir y a Colfondos incluir todos los gastos de administración y comisiones, junto con los demás emolumentos que se hubiesen descontado de los aportes pensionales del demandante, debidamente indexados. Finalmente, le ordenó a Colpensiones recibir al actor sin solución de continuidad como afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde su vinculación inicial.

Consideró que conforme a la línea jurisprudencial de la corte, la AFP desde su creación estaba obligada a dar información al afiliado previo al traslado, para que tomara una decisión consciente y que debido a que al actor no se le informaron las características, condiciones, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, resultaba procedente la solicitud de ineficacia del traslado de régimen, pues además el deber de información a cargo de las administradoras privadas no se suple con la declaración contenida en el formulario el cual es un contrato de adhesión.

IV.RECURSOS DE APELACIÓN

La **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones** apeló la sentencia proferida, tras considerar que no se tuvo en cuenta el principio de relatividad jurídica, en el entendido que esa entidad es un tercero ajeno a los actos jurídicos que fueron celebrados entre el actor y las AFP convocadas. En esa medida, estimó que la orden dada sobre el acto jurídico del traslado debe tener efectos inter partes, ya que Colpensiones no puede verse ni favorecida ni

perjudicada con la decisión. Por lo que solicita que no se ordene a esa entidad recibir al demandante en el RPM, ya que con ello se estaría afectando gravemente el equilibrio financiero del sistema de seguridad social en pensiones y la reserva pensional; y que, en caso de no accederse a lo anterior, se ordene a las AFP reintegrar la totalidad de las cotizaciones, los recursos abonados al fondo de garantía de pensión misma, el porcentaje destinado al pago de seguros previsionales y gastos de administración.

La AFP Porvenir SA, en la alzada argumentó que de acuerdo con lo normado en el art. 9° del CC, la ignorancia de la ley no sirve de excusa, de modo que tras la promulgación de una ley, la misma debe ser conocida por todos los habitantes del país. Aludió que de acuerdo con lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia SU130-13, la Ley 100 de 1993 estableció un sistema de seguridad social en pensiones bajo dos regímenes que se excluyen entre sí, pero coexisten, los cuales tienen características particulares que fueron previstas por el legislador, por lo que a partir del acto de afiliación se hace razonable la efectividad de las consecuencias que se puedan seguir de su inobservancia; que el demandante debía conocer la información que le permitió tomar la decisión de trasladarse, sin que se pueda alegar la existencia de una posición dominante, y menos, ser relevado de acreditar las circunstancias especiales que le impidieron conocer la ley.

Finalmente, solicitó que en caso de confirmarse la ineficacia del traslado de régimen, se absuelva del pago de devolución de las comisiones y gastos de administración, debido a que la Ley autoriza a las AFP a descontarlos de la cuenta de ahorro individual, como consecuencia de la buena administración ejercida sobre el capital, lo que se vio materializado en este caso, en el incremento del mismo, a través de la generación de rendimientos financieros. Agregó, que la devolución dispuesta, además, implicaría un enriquecimiento sin justa causa debido a que no existe norma que disponga tal situación; y que, en todo caso, en el RPM, de acuerdo con lo previsto en el art. 20 de la Ley 797 de 2003, también se produce dicha deducción.

Colfondos SA Pensiones y Cesantías expresó su inconformidad frente a la devolución de los conceptos que se ordenaron de manera indexada, indicando que los rendimientos financieros generados durante el período en el que esa AFP administró los recursos del actor fueron superiores a los que se hubieran podido producir en el RPM, quedando con esto compensado y que además en la demanda

no se solicitaron tales rubros y no quedó incluida en la fijación del litigio controversia alguna sobre el particular.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 10 de octubre de 2022 se admitieron los recursos interpuestos y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones; y, conforme a lo normado en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar.

La parte demandante y las demandadas Colpensiones y Porvenir SA presentaron alegaciones reiterando los argumentos expuestos en el escrito inicial y en los escritos de contradicción (archivo 7).

VI. ACLARACIÓN PREVIA

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

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente,

y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, se acatará en este asunto y en los sucesivos, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

VII. CONSIDERACIONES

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

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** el demandante nació el 4 de agosto de 1960 (Pág. 58, archivo 5); **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales 164,29 semanas, entre el 1° de diciembre de 1995 al 31 de agosto de 1999 (Pág. 58, archivo 5); **iii)** que el 21 de julio de 1999 se trasladó al RAIS administrado por la AFP Porvenir, con fecha de efectividad desde el 1° de septiembre de 1999 (Pág. 79 a 81, archivo 7); y, **iv).** que el 19 de mayo de 2011, se afilió a la AFP Colfondos con fecha de efectividad desde el 1° de julio de 2011 (Pág. 101 y 103 archivo 6), administradora en la que actualmente se encuentra afiliado.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(…) no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada – cuando no imposible – o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe

conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.”

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

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

En el caso que ocupa la atención de esta Sala, la demandante se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Porvenir SA, el 21 de julio de 1999, posteriormente se trasladó a Colfondos SA el 19 de mayo de 2011, AFP a la que se encuentra actualmente afiliado; y si bien en el formulario de vinculación a Porvenir se hace referencia expresa a que la decisión se adoptó de manera libre, espontánea y sin presiones, conforme al mandato del art. 114 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con lo previsto en el art. 11 del Decreto 692 de 1994, y que fue asesorado sobre todos los aspectos del RAIS, del régimen de transición, bonos pensionales e implicaciones de la decisión, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP Porvenir SA, que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración del acto jurídico de traslado de régimen, para establecer la existencia de un consentimiento informado por parte del afiliado para esa época, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico de la afiliación al régimen de ahorro individual, y en ese sentido, se **confirmará** la decisión apelada, que declaró la **INEFICACIA DEL TRASLADO** de régimen pensional realizado por el demandante el 21 de julio de 1999, con su afiliación a la AFP Porvenir, así como el posterior surtido con destino a la AFP Colfondos.

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

Respecto de la excepción de prescripción, el órgano de cierre de esta jurisdicción ha precisado de manera reiterada que la acción de ineficacia de traslado pensional es imprescriptible, “(...) pues, recuérdese, *«la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción»*¹, por lo que resulta acertada la decisión del juez de primera instancia, y ello se hace extensivo a la totalidad de conceptos que son objeto de

¹ CSJ SL1688-2019.

devolución, como consecuencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen.

Por lo expuesto, se **adicionar**á el numeral tercero de la sentencia apelada y consultada, para ordenar tanto a la AFP Colfondos como a Porvenir SA, la devolución de la totalidad de los conceptos mencionados, debidamente indexados, y a ambas AFP efectuar la discriminación y detalle de los valores devueltos.

Sin costas en la alzada.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida el 8 de junio de 2022, por el Juzgado 7º Laboral del Circuito de Bogotá DC, en cuanto a que la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA y Colfondos SA Pensiones y Cesantías, deberán trasladar también, con destino a Colpensiones, además de la totalidad de aportes pensionales efectuados con ocasión de la vinculación de la demandante a cada una de esas AFP, con los bonos pensionales, valores descontados de los aportes por primas de seguros previsionales y porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, discriminando la totalidad de los conceptos objeto de devolución, con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado, y demás, según lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada, según lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:

<https://etbcsj->

my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EhNXHgxYQpBHRkoY9pwGYI8BfYtshFmsz_MoZa08tU6U-w?e=arBXkw

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

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

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

Código de verificación: e35df98ab422a7884d5815a0cb4b1a3c4a48b8f319e6dd0b2d71aa50301e3cea

Documento generado en 13/12/2022 11:33:18 AM

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

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



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

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN: 11001 31 05 **007 2019 00552 01**
DEMANDANTE: RUTH NORALMA PINTO FLÓREZ
DEMANDADAS: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA
y COLFONDOS SA PENSIONES Y CESANTÍAS

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

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, respecto de la sentencia proferida el 1.º de junio de 2022, por el Juzgado 7.º Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende la demandante que se declare la nulidad de sus afiliaciones al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuadas el 23 de mayo de 1996 ante Colfondos y el 4 de noviembre de 1999 ante Horizonte hoy Porvenir SA, y en consecuencia, se le ordene a la AFP Porvenir SA trasladar a Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación en su cuenta de ahorro individual tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos, rendimientos e intereses; a su vez, que se ordene a Colpensiones aceptar su vinculación en el régimen de prima media con

prestación definida y tenerla como afiliada desde el 21 de marzo de 1989 sin solución de continuidad (pág. 6 arch. 1 C01).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 28 de diciembre de 1964; se afilió al extinto ISS el 21 de marzo de 1989 donde acumuló 111.29 semanas de cotización; en mayo de 1996 los asesores de la AFP Colfondos SA, se presentaron en las instalaciones de Cruz Blanca EPS SA, empresa donde trabajaba, para manifestarle que por órdenes de su empleador, tanto las cesantías como los aportes a pensión, se harían a partir de tal data a Colfondos SA; el asesor nunca le indicó los riesgos, ventajas y desventajas de efectuar el traslado, ni le dio una información idónea para asumir objetivamente una determinación en su futuro pensional, tampoco le informó acerca de su derecho de retracto ni que podía retornar al RPMPD.

Agregó que en noviembre de 1999 ante la misma empresa se presentaron los asesores de la AFP Horizonte, quienes la acosaron constantemente para ofrecerle beneficios superiores a los que podría obtener en el RPMPD, pero tampoco le dieron información clara, suficiente responsable acerca de la pérdida de los beneficios adquiridos en su momento con el extinto ISS, ni le informaron cuál era el régimen pensional que le era más favorable, solo se comprometieron a recuperar la historia laboral de los años anteriores a su afiliación en Colfondos, con el argumento de que el ISS se acabaría.

Señaló que luego de que le terminaron su contrato de trabajo en forma unilateral, y estando cerca de cumplir los requisitos para obtener la pensión, se acercó a Porvenir SA, para obtener información de su pensión, quien le informó que se podía pensionar con 1 smlmv o hacer un ahorro adicional de \$150.000.000 para aumentar un poco el monto pensional, de manera que para cuando tuviera 57 años de edad podía pensionarse con \$828.116, mientras que con Colpensiones tendría un monto de \$2.762.418; cotizó hasta el 31 de octubre de 2018 un total de 1144 semanas en el RAIS, sumando un total de 1255; solicitó el 22 de febrero de 2019 ante las demandadas la nulidad del traslado de régimen y el retorno al RPMD, pero las solicitudes fueron respondidas en forma negativa por las demandadas (pág. 7-10 *ídem*).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda inicialmente fue conocida por el Juzgado 6.º Laboral del Circuito de Bogotá, cuya titular se declaró impedida mediante auto del 13 de agosto de 2019, por lo que trasladó el expediente al despacho siguiente en turno (pág. 100 *idem*); motivo por el que fue admitida por el Juzgado 7.º Laboral del mismo Circuito Judicial, el 22 de enero de 2020, ordenando su notificación y traslado a las demandadas (pág. 105 *idem*), quienes dieron respuesta en término oportuno.

Colpensiones presentó oposición a lo pretendido. En su defensa propuso como excepciones las de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad y saneamiento de la nulidad alegada (archs. 3, 8 C01).

Colfondos SA se opuso a las pretensiones. En su defensa propuso como excepciones las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación de la actora a Colfondos SA, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago (archs. 5, 8 *idem*).

Porvenir SA, para oponerse a las pretensiones excepcionó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y compensación (archs. 6, 8 *idem*)

La Procuraduría General de La Nación, señaló que se debe acreditar el cumplimiento del deber legal y constitucional de asesoría e información en la afiliación y traslado de régimen pensional, así como el deber de reasesoría y buen consejo, so pena de declarar ineficaz ese traslado, dado que incluso efectuando traslados horizontales al interior del RAIS, no se sana la omisión en el cumplimiento de esos deberes al margen de que la demandante sea beneficiaria o no del régimen de transición, sin que pueda concluirse que la acción en este caso se encuentra prescrita (arch. 2 *idem*).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, a pesar de haber sido legalmente notificada guardó silencio (págs. 116, 117 arch. 1 *idem*).

III.SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 7.º Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 1.º de junio de 2022, declaró la ineficacia de las afiliaciones y traslados efectuados al

RAIS el 23 de mayo de 1996 y el 4 de noviembre de 1999 por la demandante, a través de las AFP Colfondos SA y Horizonte hoy Porvenir SA; en consecuencia, condenó a Porvenir SA a trasladar a Colpensiones los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, como cotizaciones y rendimientos financieros; condenó a Porvenir SA y a Colfondos SA a reintegrar las comisiones y gastos de administración, debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades. Ordenó a Colpensiones, recibir sin solución de continuidad a la demandante en el RPMPD; declaró no probadas las excepciones propuestas e impuso condena en costas a cargo de los fondos demandados Colfondos SA y Porvenir SA a favor de la demandante.

Consideró que conforme a la línea jurisprudencial de la corte, las AFP desde su creación estaban obligadas a dar información a la afiliada previo al traslado, para que tomara una decisión objetiva consciente; que el deber de información es ineludible y no se suple ni con el traslado horizontal entre administradoras del RAIS ni con las declaraciones contenidas en los formularios de afiliación allegados, ya que solo demuestran el consentimiento pero no que fue informada, carga de la prueba que corresponde a las AFP; que conforme a las pruebas evacuadas en el proceso, las AFP demandadas no cumplieron con la carga de la prueba para acreditar que cumplieron a cabalidad con el deber legal de información, de asesoría, reasesoría y buen consejo suficiente, veraz, comprensible y transparente, con el fin de que conociera las características, ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales, así como todas aquellas repercusiones jurídicas que tuviera el traslado de régimen pensional así no fuera la demandante beneficiaria del régimen de transición, a fin de que pudiera tomar una decisión verdaderamente informada sobre lo que ella consideraba mejor para su futuro, incluso si le convenía mantenerse en el RAIS.

Agregó que la demandante cumple con el requisito de rentabilidad o equivalencia por cuanto el saldo actual de su cuenta de ahorro individual, supera el valor encontrado por Colpensiones al realizar el cálculo de rentabilidad, por tanto es viable declarar la ineficacia del traslado y retrotraer las cosas a su estado inicial como si nunca hubiera existido el traslado. Finalmente adujo que debido al carácter irrenunciable del derecho a la seguridad social, la acción no se encuentra prescrita (archs. 24, 25 C01).

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

Colpensiones, adujo en lo que quedó acreditado que la demandante se trasladó de régimen por imposición de su empleador, por ende, no podría determinarse que hubo algún tipo de error o vicio de consentimiento y tampoco podría aplicarse la jurisprudencia en cita al caso en concreto; agregó que con la decisión se ocasiona una descapitalización en el sistema general de pensiones que a todas luces debe evitarse pues ello va en detrimento del fondo común que administra, máxime cuando la demandante lleva muchos años sin cotizar en el RPMPD y la entidad como tercero en la afiliación en el RAIS, no participó de la misma, sin que la demandante hubiera intentado retornar al RPMPD dentro del tiempo respectivo.

Porvenir SA, señaló que no conoció las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que la demandante se afilió al RAIS en 1996 con Colfondos SA, en todo caso, la ignorancia de la ley no sirve de excusa a la demandante, por tanto, evidentemente conocía las condiciones de afiliación, traslado, cotización y reconocimiento de prestaciones en ambos regímenes pensionales que hacen parte de un sistema público obligatorio. Considera que no debe devolver la prima previsional de seguros ni los gastos de administración, dado que por una parte, la aseguradora cumplió con su deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza, y por otra parte, porque los gastos de administración están autorizados para su descuento por virtud legal conforme el art. 20 de la Ley 100 de 1993, ya que estos no hacen parte integral de la pensión de vejez, pues tal emolumento no le corresponde al afiliado sino a la AFP por la buena administración efectuada de los recursos, aunado a que se encontrarían prescritos, de lo contrario se generaría un enriquecimiento sin causa en favor de la demandante.

Agregó que al ordenarse la indexación de las sumas, supone una doble condena debido a que se ordenó reintegrar los rendimientos financieros a la fecha; que era suficiente la manifestación libre, espontánea y expresa de un afiliado plasmada en el formulario de afiliación a la AFP con el fin de trasladarse de régimen, como sucedió en el presente caso, por ende, al reunir los requisitos para el traslado horizontal, no podía la AFP rechazar la afiliación, sino que mejor lo acogió brindándole una información totalmente completa.

Colfondos SA, apeló la sentencia proferida, tras considerar que no es posible efectuar la indexación de los conceptos que se deben devolver, por cuanto los rendimientos financieros generados durante el período en el que esa AFP

administró los recursos de la demandante fueron superiores a los que se hubieran podido producir en el RPMPD, quedando con esto compensado y que además en la demanda no se solicitaron tales rubros y no quedó incluida en la fijación del litigio controversia alguna sobre el particular.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 10 de octubre de 2022 se admitieron los recursos interpuestos y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones; y, conforme a lo normado en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (arch. 04 C02).

La demandante, Colpensiones y Porvenir SA, presentaron alegaciones de instancia reiterando los argumentos expuestos en la demanda, contestación y en los recursos (arch. 05 C02). Colfondos guardó silencio.

VI. ACLARACIÓN PREVIA

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

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se

dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, se acatará en este asunto y en los sucesivos, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

VII. CONSIDERACIONES

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

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 28 de diciembre de 1964 (pág. 28, arch. 1 C01 y subcarpeta 3.a. C01); **ii)** cotizó al extinto ISS entre el 21 de marzo de 1989 y el 31 de marzo de 1996 un total de 111.29 semanas (págs. 30, 31 archs. 1 y 4 - subcarpeta 3.a. C01); **iii)** el 23 de mayo de 1996 se trasladó al RAIS administrado por la AFP Colfondos, con fecha de efectividad desde el 1º de julio de 1996 (págs. 73 arch. 1 - pág. 9 arch. 15 C01); **iv)** el 4 de noviembre de 1999 se trasladó a Horizonte Pensiones y Cesantías SA hoy Porvenir SA con efectividad a partir del 1º de enero de 2000, administradora en la que actualmente se encuentra afiliada con un total de 1325 semanas a 2 de febrero de 2022, conforme la certificación e historias laborales consolidadas emitidas por la mencionada AFP (págs.. 37-46, 64 arch. 1 - págs. 68, 94-109 arch. 6 – págs. 7-35 arch. 16 *idem*).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario,

esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

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

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

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

En el caso que ocupa la atención de esta Sala, la demandante se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por **Colfondos SA**, el 23 de mayo de 1996, luego el 4 de noviembre de 1999 se trasladó a **Horizonte hoy Porvenir SA**, AFP a la que se encuentra actualmente afiliada, y si bien en los formularios de vinculación n.º 758745 y 0255267 (págs. 64, 73 arch. 1 - pág. 68 arch. 6, pág. 9 arch. 15 C01) se hace referencia expresa a que la decisión se adoptó de manera libre, espontánea y sin presiones, conforme al mandato del art. 114 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con lo previsto en el art. 11 del Decreto 692 de 1994, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

administradoras del régimen de ahorro individual. Así lo expuso en la primera decisión citada:

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

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP Colfondos SA, que hubiere suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración del acto jurídico de traslado de régimen, para establecer la existencia de un consentimiento informado por parte del afiliado para esa época, tal como lo concluyó el *a quo*, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico de la afiliación al régimen de ahorro individual, así como del traslado posterior verificado, por lo que se **confirmará** la decisión de declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** de régimen pensional realizado por la demandante el 23 de mayo de 1996 con su afiliación a la AFP Colfondos SA, efectiva desde el 1.º de julio siguiente (págs. 73 arch. 1 - pág. 9 arch. 15 C01).

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

Respecto de la excepción de prescripción, el órgano de cierre de esta jurisdicción ha precisado de manera reiterada que la acción de ineficacia de traslado pensional es imprescriptible, «(...) pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la

seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción»¹, por lo que resulta acertada la decisión del juez de primera instancia, y ello se hace extensivo a la totalidad de conceptos que son objeto de devolución, como consecuencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen.

Por lo expuesto, se **adicionar** el numeral TERCERO de la sentencia apelada y consultada, para ordenar tanto a la AFP Colfondos SA como a Porvenir SA, la devolución además, de bonos pensionales, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos y a efectuar ambas AFP, la discriminación y detalle de los valores a devolver.

Sin costas en la alzada.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral tercero de la sentencia proferida el 1.º de junio de 2022, por el Juzgado 7.º Laboral del Circuito de Bogotá DC, en cuanto a que tanto la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA**, como **Colfondos SA Pensiones y Cesantías** deberá devolver también, con destino a Colpensiones, además de los conceptos allí relacionados, los bonos pensionales, las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, discriminando la totalidad de los conceptos objeto de devolución, con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado, y demás, según lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada, según lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

¹ CSJ SL1688-2019.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO
Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:

<https://etbcsj->

[my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EqHN00rXfUVNvODcNcWaNdEB6vQiGruAhcsL1-1674C7aA?e=Xm2Um2](https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EqHN00rXfUVNvODcNcWaNdEB6vQiGruAhcsL1-1674C7aA?e=Xm2Um2)

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

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

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

Código de verificación: **2a3e7556dfcebf69c3bf972842a5876471bb8fe5d20458583d649379c5fef596**

Documento generado en 13/12/2022 11:33:17 AM

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



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

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN: 11001 31 05 **037 2020 00435 01**
DEMANDANTE: CARMENZA ARIAS PÉREZ
DEMANDADOS: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA

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

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de esa entidad, respecto de la sentencia proferida el 29 de abril de 2022, por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende el demandante 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 Horizonte hoy Porvenir SA, con fecha de efectividad julio de 1994, ante la omisión de ese fondo del deber de informar, con prudencia y pericia, y de manera clara, completa, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, las implicaciones que tenía el cambio que estaba llevando a cabo, y en general sobre las prestaciones económicas que obtendría en cada Régimen. En consecuencia, que se condene a Porvenir SA a restituir a Colpensiones, los valores obtenidos en virtud de su vinculación a ese fondo, como cotizaciones y bonos pensiones, con todos los

rendimientos que se hubieren causado y demás ingresos recibidos por la AFP; a su vez, que se condene a Colpensiones a recibirla como afiliada, así como a recibir los valores que sean enviados por el fondo privado y tenerlos en cuenta para efectos de la pensión. Finalmente solicitó, que se condene a Porvenir SA al pago de los perjuicios morales, derivados de la omisión que se le atribuye.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 21 de febrero de 1963; que estuvo afiliada al ISS y sin que mediara consentimiento informado fue trasladada a Horizonte Pensiones el 28 de julio de 1994, momento en el que no fue asesorada o informada por ese fondo, de manera transparente, completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, sobre las diferencias entre uno u otro régimen de pensiones, las prestaciones económicas que obtendría en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, los beneficios, riesgos, desventajas o inconvenientes de este Régimen, y en general, las implicaciones sobre sus derechos pensionales; y, que presentó reclamaciones ante las llamadas a juicio (págs. 3 a 24, archivo 1).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue admitida el 8 de octubre de 2022, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (archivo 3).

Porvenir SA contestó oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, e invocó en su defensa las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido y buena fe (págs. 3 a 31, archivo 4).

Colpensiones se opuso a todas y cada una de las pretensiones, e invocó en su defensa las excepciones mérito que denominó el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido y buena fe (págs. 3 a 16, archivo 5).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (archivo 9).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 29 de abril de 2022, declaró la ineficacia del acto jurídico de traslado entre regímenes pensionales que efectuó la demandante 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 AFP Horizonte Pensiones y Cesantías SA, que tuvo como fecha de suscripción el 28 de julio de 1994. En consecuencia, declaró válida la afiliación de la demandante al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones y condenó a Porvenir SA, a transferir con destino a Colpensiones, todos los valores que se encuentren contenidos en la cuenta de ahorro individual, junto con el reconocimiento de los rendimientos financieros (Archivo 15).

Consideró que en virtud del principio de igualdad era menester aplicar la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, en la que se ha establecido desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el deber de información fue consagrado para los fondos de pensiones, que el formulario de afiliación no es prueba suficiente del cumplimiento de dicho deber cuya carga de la prueba esta a cargo de las administradoras privadas y que tales postulados aplican a todos los afiliados. En ese orden, coligió que en el caso bajo análisis no se logró obtener la prueba de la confesión judicial en el interrogatorio de parte de la demandante, pues a pesar de que la misma admitió que ostentó la calidad de asesora de Horizonte y de Porvenir SA, lo cierto es que de su dicho solo se extraía que hasta su vinculación laboral en 2021, solo le fueron entregados por su empleador los formularios para ser diligenciados por los usuarios, pero no se demostró que hubiera recibido capacitación sobre el sistema general de pensiones, máxime cuando aquella dijo en su declaración que no se destinó presupuesto para tal fin en la Isla de San Andrés donde prestaba sus servicios, por lo que no se cumplió con la carga probatoria por parte de la AFP Porvenir SA, reuniéndose los presupuestos para que procediera la ineficacia del acto del traslado.

Expuso que no se dispondría la devolución de los gastos de administración debido a que Porvenir SA no fue la AFP con la que la demandante llevó a cabo el traslado, debido a que los mismos se cobraron válidamente.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones argumentó en la alzada que la demandante en el escrito inicial manifestó que no se le indicaron las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes de pensiones, sin embargo, tales condiciones se encuentran contenidas en la Ley 100 de 1993, por lo que la ignorancia de la Ley no sirve de excusa para atribuir la responsabilidad de la supuesta falta de información a la administradora privada, máxime cuando la demandante se encontraba vinculada laboralmente como asesora comercial de la codemandada, por lo que debía tener conocimiento no solo como afiliada sino además como profesional y trabajadora; que los afiliados tienen obligaciones con las administradoras de fondos de pensiones que elijan, de acuerdo con lo previsto en el Decreto 2241 de 2010, que en su art. 4º menciona los deberes de los afiliados dentro de los que se encuentra el de informarse sobre las condiciones del Sistema General de Pensiones y de las diferentes modalidades de pensión, aprovechando las diferentes capacitaciones que se les brindan.

Hizo mención al principio de sostenibilidad financiera del sistema, aduciendo que el mismo se vería afectado por la falta de contribución de la activa al sistema, así como la carga que generaría en los otros afiliados y el menoscabo patrimonial de la entidad pública. Y por último, solicitó que se ordene la devolución de los gastos de administración, pues a pesar de que la afiliación inicial se hizo a la AFP Horizonte, lo cierto es que existió una absorción comercial por parte de Porvenir, por lo que dicho fondo debe asumir esa obligación.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 10 de octubre de 2022 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones y el grado

jurisdiccional de consulta en su favor, y conforme a lo normado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (archivo 4, C002).

Colpensiones y Porvenir presentaros las alegaciones reiterando los argumentos expuestos en la contestación a la demanda (archivo 5, C002).

VI. ACLARACIÓN PREVIA

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

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

VII. CONSIDERACIONES

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

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 21 de febrero de 1953 (pág. 36, archivo 1); **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales desde el 21 de febrero de 1985 hasta el 31 de marzo de 1988, un total de 111,86 semanas (pág. 66, archivo 1); **iii)** que se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Horizonte hoy Porvenir SA, el 28 de julio de 1994, con fecha de efectividad de 1º de agosto de 1994 (pág. 33, 36, archivo 4), donde se encuentra vinculada en la actualidad.

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

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

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100, que si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de

Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.”

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

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

En el caso que ocupa la atención de esta Sala, la demandante se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Horizonte hoy Porvenir SA, efectivo desde el 1º de agosto de 1994, AFP en la que se encuentra actualmente afiliada, y si bien en el formulario de vinculación se hace referencia expresa a que la decisión se adoptó de manera libre, espontánea y sin presiones, conforme al mandato del art. 114 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con lo previsto en el art. 11 del Decreto 692 de 1994, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Así como tampoco, basta la aceptación hecha en la declaración de parte sobre su calidad de trabajadora como asesora comercial de la AFP privada, pues se tiene que la solo estudio hasta tercero de bachillerato, grado de escolaridad del que no se puede colegir que hubiera recibido instrucción académica sobre el asunto

controvertido y no se arrió prueba que permita establecer que la misma haya sido capacitada sobre las particularidades del sistema general de pensiones y al respecto no fue admitido tal conocimiento ni en la demanda ni en el interrogatorio de parte.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP Porvenir, que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración del acto jurídico de traslado de régimen, para establecer la existencia de un consentimiento informado por parte de la afiliada para esa época, tal como lo concluyó el *a quo*, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico de la afiliación al régimen de ahorro individual, y se **confirmará** la decisión de declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** de régimen pensional realizado por la demandante el 28 de julio de 1994, con su afiliación a la AFP Horizonte hoy Porvenir SA.

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

Social, y resultan necesarios para la financiación de las prestaciones económicas que correspondan en el régimen de prima media, en los términos de la jurisprudencia vigente, y en este sentido se **adicionar**á lo ordenado por la *a quo*, para ordenar a la AFP Porvenir efectuar la devolución de la totalidad de los conceptos mencionados, debidamente indexados, y a efectuar la discriminación y detalle de los valores devueltos..

Respecto de la excepción de prescripción, el órgano de cierre de esta jurisdicción ha precisado de manera reiterada que la acción de ineficacia de traslado pensional es imprescriptible, “(...) *pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción»*¹, por lo que resulta acertada la decisión del juez de primera instancia, y ello se hace extensivo a la totalidad de conceptos que son objeto de devolución, como consecuencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen.

Sin costas en la alzada.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral tercero de la sentencia proferida el 29 de abril de 2022, por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en cuanto a que la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir SA deberá devolver también, con destino a Colpensiones, además de los conceptos allí relacionados, los bonos pensionales, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y gastos de administración debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, discriminando la totalidad de los conceptos objeto de devolución, con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC,

¹ CSJ SL1688-2019.

aporte pagado, y demás, según lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado

Hipervínculo al expediente digital*

https://etbcj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EjbeCmBwaahNtkEKn-cn6EEBi44_Ma9ltJIqSGkez43rVw?e=hianlD

Firmado Por:
Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

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

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

Código de verificación: **3a600ed646bf39c2bfaebde0a6a27bdfd825220c4aca0997d707e3c36d31f3d**

Documento generado en 13/12/2022 11:33:27 AM

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

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



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

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 11001 31 05 **029 2020 00145 01**
DEMANDANTE: PRO EN STOCK LTDA
DEMANDADO: DIANA MARCELA PERALTA MARROQUÍN

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

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida el 21 de enero de 2022, por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende la sociedad demandante, que se declare el incumplimiento contractual de la demandada por violación de la cláusula segunda adicional del contrato individual de trabajo de fecha 1° de octubre de 2013. En consecuencia, que se condene a la demandada al pago del lucro cesante que estima en la suma de \$140.665.500, debidamente indexado.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, manifestó que el 1° de octubre de 2013, celebró un contrato de trabajo individual de trabajo a término indefinido con Diana Marcela Peralta Marroquín, que finalizó el 30 de enero de 2018 por renuncia voluntaria de la trabajadora; que en el desarrollo de su objeto social realiza actividades de mercadeo y publicidad, que consiste básicamente en comprar artículos que revende a sus clientes con las marcas e insignias

requeridas; que dentro de los clientes que tuvo la demandante se encuentran DHL Express Colombia Ltda, Burson Cohn & Wolfe Colombia SAS ante Burson Marsteller Colombia SAS, Operaciones Generales Suramericana SAS, Adistec Colombia SAS y 4Life Research Colombia Llc.

Señaló, que el último cargo desempeñado por la demandada fue el de comercial de ejecutiva de cuentas especiales, para el cual le fue puesta a disposición una base de datos en formato Excel que contenía información confidencial sobre los clientes de la compañía; que en la cláusula adicional del contrato de trabajo se pactó la cláusula de confidencialidad, pese a lo cual, la demandada durante la ejecución del contrato sustrajo información de la base de datos de los clientes para luego ejecutar actividades comerciales por su propia cuenta y beneficio.

Aseguró que, en vigencia del vínculo contractual y posterior a su finalización, la demandada ha presentado ofertas comerciales y se ha apoderado de varios clientes, dentro de ellos se encuentran DHL Express Colombia Ltda, Burson Cohn & Wolfe Colombia SAS ante Burson Marsteller Colombia SAS, Operaciones Generales Suramericana SAS, Adistec Colombia SAS y 4Life Research Colombia Llc, lo que ha realizado por cuenta propia y/o a través de su compañero sentimental; que tuvo acceso a estos clientes única y exclusivamente en la ejecución del contrato de trabajo; y que, este incumplimiento contractual le ha generado pérdidas y perjuicios económicos (pág. 191-194, archivo 001, C001).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue admitida el 22 de septiembre de 2020, ordenando su notificación y traslado a los demandados (pág. 206, archivo 001, C001), quienes dieron respuesta en término oportuno.

Diana Marcela Peralta Marroquín, se opuso a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra. Aceptó la relación laboral, las funciones que le fueron encargadas y la cláusula de exclusividad pactada. Arguyó que cumplió a cabalidad sus obligaciones y que no utilizó la información de los clientes en beneficio propio; que se vinculó el 5 de febrero de 2018 con la sociedad Branding Imagen y Publicidad SAS, momento para el cual se encontraba desempleada y le favorecían las condiciones laborales allí ofrecidas; que en la actualidad las empresas son clientes de Branding Imagen y Publicidad SAS, en todo caso

desconoce la existencia de una cláusula de exclusividad entre Pro en Stock Ltda y sus clientes; puso de presente la existencia de una demanda laboral que interpuso en contra de Pro en Stock con el fin de obtener el pago de las acreencias laborales a que considera tiene derecho. Formuló la excepción previa de falta de competencia, y las excepciones de mérito de cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación pretendida y falta de legitimación en la causa por pasiva (pág. 221-225, archivo 001, C001).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 21 de 2022, absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por Pro en Stock Ltda, y le impuso condena en costas.

Consideró que el problema jurídico a resolver consistía en determinar si la demandada incumplió el contrato de trabajo suscrito con Pro en Stock Ltda, en lo atinente a la cláusula de confidencialidad, y si como consecuencia, debe pagar la indemnización de perjuicios.

Estimó, que los contratos en principio se desarrollan en ejecución de la buena fe, así como el deber de fidelidad que tienen los trabajadores para con su empleador, para lo cual prevé las sanciones que se pueden imponer, llegando incluso a la finalización del contrato de trabajo. No obstante, la norma no contempla sanción en contra del trabajador con posterioridad al finiquito del vínculo contractual, y tampoco se ha desarrollado jurisprudencial ni doctrinariamente el particular; que no se discutió ni se demostró en el plenario que en vigencia del contrato la demandada hubiera incumplido sus obligaciones contractuales, por el contrario, si se estableció que desempeñó sus funciones y ello trajo beneficios a su empleador.

En lo relacionado con los perjuicios, además de que no existe norma que los contemple con posterioridad a la finalización del contrato, tampoco se demostró su existencia. Al respecto consideró que el mercado es fluctuante y por tanto la aproximación de las ventas con relación a las de los años anteriores no se puede tener como prueba; y que, la decisión de no compra de productos a la demandante proviene directamente de los clientes, esto en ejercicio de la libertad de empresa. Además, expuso que no existe una norma que limite el desarrollo de la actividad para la que fue contratada la empleada, una vez finalizado el vínculo.

En relación con la base de datos, tuvo en cuenta que la información allí consignada no era de conocimiento exclusivo y confidencial de la demandante; y finalmente, concluyo que en materia laboral no existe responsabilidad de la demandada de la cual pueda ser objeto de imposición de condenas.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La parte **demandante** presentó recurso de apelación contra la sentencia, respecto de la decisión de la *a quo* en el sentido que afirma no existe norma que le permita condenar por perjuicios. Arguyó, que el acto de enteramiento de la empresa fue posterior al vínculo. En punto de la norma que sustenta la condena, señala que por remisión analógica se debió aplicar lo previsto en el Código Civil; que el juzgado se equivocó al no tener por probada la violación de la confidencialidad, más aun al tener en cuenta que la base de datos era de uso exclusivo de la empresa. Solicita se haga énfasis en el análisis del testimonio vertido por la señora Carmenza, así como del interrogatorio de parte, donde se evidencian las incoherencias de la demandante, y las cuentas de cobro que se pasan a la empresa que maneja el esposo de la demandada, que por error se enviaron a la demandante. En cuanto a los perjuicios señala que estos sí se demostraron, tal como se desprende de la baja de las ventas, como se vislumbra de los estados financieros de la empresa. En punto de la falta de la normativa que regule la falta de la trabajadora, solicita que se tenga que la empleadora se entera de esta falta con posterioridad a la finalización del vínculo y que sea esta la oportunidad para crear jurisprudencia en este sentido.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 8 de marzo de 2022 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante; y, conforme a lo normado en el art. 15 del Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a cada una para alegar (f.º 117).

Las partes presentaron alegaciones reiterando los argumentos expuestos, en la demanda, en la contestación y en la sustentación del recurso de apelación respectivamente (archivo 05, C001).

VI. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada, y conforme a lo dispuesto en el art. 66A del CPTSS, los problemas jurídicos en este asunto consisten en determinar **i)** si la demandada incumplió la cláusula de confidencialidad, y **ii)** si como consecuencia se debe impartir condena por los perjuicios causados por la demandante.

Sea lo primero precisar, que no se encuentra en controversia la existencia del contrato de trabajo entre Pro en Stock Ltda y Diana Marcela Peralta Marroquin, el que tuvo lugar entre el 1º de octubre de 2013 y el 30 de enero de 2018 y que finalizó por renuncia de la trabajadora, donde el último cargo desempeñado fue el de ejecutiva de cuenta (pág. 72 a 74, archivo 001, C001).

Así las cosas, a fin de establecer si la demandante incumplió el contrato de trabajo suscrito con Pro en Stock Ltda, en particular lo relacionado con la cláusula de confidencialidad, de la revisión del contrato de trabajo se advierte la cláusula adicional así: *“2. El empleado se compromete a no dar o utilizar información de la empresa para uso propio o de terceros”*.

Visto que, la información de la empresa de la cual se duele la demandante es una base de datos contentiva de información de los clientes, que según lo expresado por ese extremo procesal era confidencial, y que no solo correspondía a datos de contacto de esos clientes, pues incluía entre otros, información financiera; se tiene que la demandada en el escrito de contestación y en el interrogatorio de parte aceptó haber recibido esta información, y precisó que se trató de dos bases de datos, la primera de ellas con clientes que se debía reactivar, y la segunda que fue comprada a la Cámara de Comercio. Se tiene que esta información fue utilizada en el desarrollo de sus funciones, que consistía en ofrecer los productos que vendía Pro en Stock a los clientes. A esto se le suma, que a lo largo del proceso quedó establecido que Diana Marcela desarrolló de manera eficiente la labor que le fue encomendada, lo que se vio reflejado en los estados financieros de Pro en Stock.

En ese orden, no existe duda respecto de la existencia de la cláusula de confidencialidad. No obstante, tal como lo expresó la *a quo*, no fue objeto del litigio que en la vigencia del contrato de trabajo la actora hubiera desplegado acciones que infringieran la citada cláusula, como quiera que las pretensiones se

encaminaron a las acciones desplegadas por la demandada una vez finalizó el vínculo contractual.

En punto de lo anterior, lo que aduce la parte convocante a este litigio, es que la extrabajadora luego de su desvinculación con Pro en Stock, usó en su propio beneficio y el de su pareja la información confidencial que le fue dada en su calidad de empleada, pues puntualmente los clientes DHL Express Colombia Ltda, Burson Cohn & Wolfe Colombia SAS antes Burson Marsteller Colombia SAS, Operaciones Generales Suramericana SAS, Adistec Colombia SAS y 4Life Research Colombia Llc que previamente atendía Diana Marcela en nombre de la accionante, ahora son compradores de la demandada en su propio nombre y de la empresa Branding Imagen y Publicidad SAS, para la cual presta sus servicios.

Si bien la demandada en su interrogatorio de parte aceptó que las empresas antes citadas ahora son clientes de Branding Imagen y Publicidad SAS, su actual empleadora, lo cierto es que la vigencia de la cláusula de confidencialidad se limita al término de la ejecución del contrato laboral, que para el caso concreto fue del 1º de octubre de 2013 al 30 de enero de 2018; y, se reitera que la misma demandada aduce que estos actos fueron posteriores a la finalización del vínculo contractual.

Aunado a ello, el Código Sustantivo del Trabajo, que regula las relaciones entre empleadores y trabajadores en el territorio nacional, no contempla sanción alguna de índole, naturaleza o categoría laboral, que sea aplicable a los extrabajadores, con ocasión del incumplimiento de las obligaciones contraídas en las cláusulas particulares de su contrato de trabajo, una vez este ha finiquitado; y es que, el artículo 62 del CST, prevé la terminación del contrato como máxima sanción ante el incumplimiento de las obligaciones de las partes.

En este sentido se advierte, tal como lo expuso la *a quo*, que las sanciones que puede aplicar el empleador son en vigencia del vínculo contractual, siempre que se encuentren previamente establecidas, en los instrumentos previstos para ello, como fuente de derecho laboral, reglamento interno de trabajo, pacto o convención colectiva, contrato de trabajo, y no existen regulaciones aplicables en materia laboral, con posterioridad a este vínculo. Razón por la que no están llamadas a prosperar las pretensiones incoadas.

En gracia de discusión, si se hubiera demostrado que la demandante incumplió el contrato, tal como lo aduce el apelante en relación con los perjuicios se debe remitir el juez del trabajo por integración normativa al Código Civil. Así pues, el artículo 2341 del CC prevé que *“El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido”*, y por su parte el artículo 1614 del CC contempla *“Entiéndese por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento.”*.

No obstante, con arreglo al artículo 167 del Código General del Proceso cuando se alega el incumplimiento de las obligaciones contractuales o la generación de un daño, como en este caso señala la sociedad demandante, es necesario acreditar la existencia de los perjuicios para que proceda su pago, sin que le sea permitido al juez su presunción o deducción a partir de conjeturas o suposiciones.

En el caso de autos se verifica, que la parte demandante allega las facturas de venta a los clientes Adistec Colombia SAS, 4Life Research Colombia LLC, Grupo Sura, Burson Masteller Colombia SAS, DHL Colombia Colombia Ltda, junto con los estados de resultados de la sociedad Pro en Stock Ltda de los años 2014 a 2019 (pág. 75 a 174, archivo 001, C001).

En lo relacionado con los testigos, la señora **Carmenza Martínez Osorio**, quien dijo ser en la actualidad propietaria de Pro en Stock, parte demandante, fue enfática en la demostración de la apropiación por parte de la demandada de información confidencial, en particular en lo relacionado con las bases de datos, los clientes de la demandada y el reenvío de correos electrónicos a su correo personal, relató que se comunicó con los clientes a fin de retomar las relaciones comerciales sin obtener resultados positivos; el testigo **Gonzalo Vega Restrepo**, quien fue trabajador en el área financiera de Pro en Stock, dio cuenta de las capacidades de la actora, no obstante, afirmó que la demandada abuso de las bondades del empleador, así mismo informó que hubo afectación económica en los años 2018 y 2019, con ocasión del retiro de la empleada, como quiera que algunos de los clientes de Pro en Stock dejaron de serlo. El testigo **Luis Alberto**

Álvarez Rojas, quien dijo fue empleado de la demandante, relató que sí fue entregada la base de datos a Diana Marcela, la que fue comprada a la Cámara de Comercio y que se encontraron visitando clientes y en particular en las instalaciones del cliente DHL, entregando pedidos.

Con todo, de las anteriores pruebas no es posible establecer los perjuicios que se pretenden en la demanda, pues no está demostrado en el plenario el nexo entre la afectación económica que se pone de presente en los estados financieros, y las actuaciones desplegadas por la demandante; pues de la declaración de la señora Carmenza Martínez Osorio se desprende que a pesar de su propia gestión comercial, los clientes bajo su autonomía y conforme las condiciones del mercado, decidieron no seguir con Pro en Stock como proveedor. Así las cosas, como lo expuso la *a quo*, el mercado es fluctuante y prima la autonomía de sus intervinientes.

En este orden, habrá de **confirmarse** la sentencia apelada. Costas en la alzada a cargo de la recurrente, se fija como agencias en derecho el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente para la presente anualidad.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 21 de enero de 2022, por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá DC, de conformidad con lo expuesto en las consideraciones anteriores.

SEGUNDO: Costas como se indicó en la parte motiva.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

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

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

Código de verificación: **4ce0007f3a4d94b0cbb7fe9bfa5dae00d3c5daa0bf511658e72161918b73e10b**

Documento generado en 13/12/2022 11:33:24 AM

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

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



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

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN: 11001 31 05 **026 2020 00112 01**
DEMANDANTE: BLANCA MYRIAM LADINO LADINO
DEMANDADAS: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA
y COLFONDOS SA PENSIONES Y CESANTÍAS

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

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por Porvenir SA y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, respecto de la sentencia proferida el 23 de mayo de 2022, por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante que se declare la nulidad e ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado el 11 de marzo de 1996 ante Colfondos y posteriormente a Porvenir SA, y en consecuencia, se le ordene a la AFP Porvenir SA trasladar a Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación en su cuenta de ahorro individual tales como cotizaciones, rendimientos financieros, comisiones de administración y bonos pensionales; a su vez, que se ordene a Colpensiones aceptar su vinculación en el régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad (pág. 4 arch. 1 C01).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 30 de agosto de 1960; se afilió al extinto ISS el 1º de febrero de 1986 donde completó 517.14 semanas; el 11 de marzo de 1996 se trasladó a la AFP Colfondos SA y luego a Porvenir SA, sin que su afiliación estuviera precedida de suficiente ilustración; cotizó en el RAIS 931 semanas, por lo que completa en total 1445 semanas en el subsistema general de pensiones; Porvenir SA nunca le informó acerca de la posibilidad de retornar al RPMPD antes de que le faltaran 10 años para cumplir la edad mínima pensional; solicitó el 3, 4 y 9 de diciembre de 2019 ante las demandadas la nulidad del traslado de régimen y el retorno al RPMD (pág. 5 *ídem*).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda inicialmente fue conocida por el Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá, cuyo titular se declaró impedido mediante auto del 3 de febrero de 2020, por lo que trasladó el expediente al despacho siguiente en turno (pág. 86 *ídem*); motivo por el que previa subsanación, fue admitida por el Juzgado 26 Laboral del mismo Circuito Judicial, el 5 de agosto de 2021, ordenando su notificación y traslado a las demandadas (arch. 2 C01), quienes dieron respuesta en término oportuno.

Colfondos SA se opuso a las pretensiones. En su defensa propuso como excepciones las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación de la actora a Colfondos SA, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago (archs. 6, 11 *ídem*).

Porvenir SA, para oponerse a las pretensiones excepcionó prescripción, cobro de lo no debido, ausencia de causa, inexistencia de la obligación y buena fe (archs. 7, 11 *ídem*)

Colpensiones presentó oposición a lo pretendido. En su defensa propuso como excepciones las de prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos (archs. 8, 11 *ídem*).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, a pesar de haber sido legalmente notificada guardó silencio (arch. 5 *idem*).

III.SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 23 de mayo de 2022, declaró la ineficacia del traslado efectuado al RAIS; en consecuencia, condenó a Porvenir SA a trasladar a Colpensiones los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, como cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración; condenó a Colfondos SA a reintegrar los gastos de administración. Condenó a Colpensiones, a aceptar la transferencia y contabilizar para todos los efectos pensionales, las semanas cotizadas por la demandante; declaró no probadas las excepciones propuestas e impuso condena en costas a cargo de Colfondos SA y Porvenir SA.

Consideró que conforme a la línea jurisprudencial de la Corte, las AFP desde su creación estaban obligadas a dar información a la afiliada previo al traslado, para que tomara una decisión objetiva, voluntaria, autónoma y consciente; que el deber de información es ineludible y no se suple ni con el traslado horizontal entre administradoras del RAIS ni con las declaraciones contenidas en el formulario de afiliación, ya que solo demuestra el consentimiento pero no que fue informada, carga de la prueba que corresponde a las AFP; que conforme a las pruebas evacuadas en el proceso, las AFP demandadas no cumplieron con la carga de la prueba para acreditar que cumplieron a cabalidad con el deber legal de información, de asesoría completa y oportuna, suficiente y veraz, con el fin de que conociera las características, ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales y modalidades de pensión, tampoco que podía retornar al RPMPD antes de cumplir 47 años de edad, a fin de que pudiera tomar una decisión verdaderamente informada sobre lo que ella consideraba mejor para su futuro, incluso si le convenía mantenerse en el RAIS. Agregó que es viable declarar la ineficacia del traslado y retrotraer las cosas a su estado inicial como si nunca hubiera existido el traslado. Finalmente adujo que la acción no se encuentra prescrita, porque tal situación se encuentra íntimamente ligada con la construcción de un beneficio pensional (archs. 19, 20 C01).

IV.RECURSOS DE APELACIÓN

Porvenir SA, señaló que no conoció las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que la demandante se afilió al RAIS en 1996 con Colfondos SA, por tanto frente a ella, no se puede analizar este tipo de traslados de régimen pensional; en todo caso, el traslado horizontal entre el mismo régimen goza de plena validez y se dio con el lleno de los requisitos formales y de información vigentes para el año 2007, máxime cuando la demandante indicó en su interrogatorio de parte que conoce las características del RAIS, que suscribió de manera libre y voluntaria el formulario de traslado horizontal y que se ha mantenido informada a través de sus extractos de la cuenta de ahorro individual.

Agregó que no es posible retroaer las cosas a su estado original porque no podría verse la demandante beneficiada de unas características privativas del RAIS, como la existencia de rendimientos financieros; mucho menos ordenar los gastos de administración y seguros previsionales, dado que afectaría directamente el patrimonio propio de la AFP, dado que fueron rubros que ya se encuentran descontados

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 10 de octubre de 2022 se admitió el recurso interpuesto y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones; y, conforme a lo normado en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (arch. 04 C02).

Porvenir SA, presentó alegaciones de instancia reiterando los argumentos expuestos en la contestación a la demanda y su recurso (arch. 05 C02). Las demás partes guardaron silencio.

VI. ACLARACIÓN PREVIA

Resulta necesario aclarar que, la suscrita Magistrada Ponente no comparte las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, en sede de tutela y en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos de esa índole de los que ha conocido, había adoptado decisiones apartándose razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en decisiones cuyas

consideraciones no contaban con mayoría, analizando lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, así como las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, de conformidad con lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

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

VII. CONSIDERACIONES

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

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 30 de agosto de 1960 (pág. 13, arch. 1 C01 y subcarpeta 9 C01); **ii)** cotizó al extinto ISS entre el 1º de febrero de 1986 y el 30 de abril de 1996 un total de 517.29 semanas (págs. 14-16 archs. 1 y subcarpeta 9 C01); **iii)** el 11 de marzo de 1996 se trasladó al RAIS administrado por la AFP Colfondos, con fecha de

efectividad desde el 1º de mayo de 1996 (pág. 44 arch. 7 C01); **iv**) el 6 de junio de 2008 se trasladó a Horizonte Pensiones y Cesantías SA hoy Porvenir SA, administradora en la que actualmente se encuentra afiliada con un total de 1445 a 10 de agosto de 2021, conforme la certificación e historias laborales consolidadas emitidas por la mencionada AFP (págs.. 25-32 arch. 1 - págs. 23-36, 44 arch. 7 – subcarpeta 9 *idem*).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

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

En el caso que ocupa la atención de esta Sala, la demandante se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por **Colfondos SA**, el 11 de marzo de 1996, luego el 6 de junio de 2008 se trasladó a **Horizonte hoy Porvenir SA**, AFP a la que se encuentra actualmente afiliada, y si bien en el formulario de vinculación n.º 0044165 (pág. 37 arch. 7 C01) se hace referencia expresa a que la decisión se adoptó de manera libre, espontánea y sin presiones, conforme al mandato del art. 114 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con lo previsto en el art. 11 del Decreto 692 de 1994, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

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

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

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

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

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

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

«De otro lado, ha dicho la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad

a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a su propio patrimonio, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.»

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

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

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP Colfondos SA, que hubiere suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración del acto jurídico de traslado de régimen, para establecer la existencia de un consentimiento informado por parte del afiliado para esa época, tal como lo concluyó la *a quo*, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico de la afiliación al régimen de ahorro individual, así como del traslado posterior verificado, por lo que se **confirmará** la decisión de declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** de régimen pensional realizado por la demandante el 11 de marzo de 1996 con su afiliación a la AFP Colfondos SA, efectiva desde el 1.º de mayo siguiente (pág. 44 arch. 7 C01).

De conformidad con la citada jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se retrotrae la situación al estado en el que se hallaría si el acto jamás hubiera existido, dejando sin efecto también los traslados posteriores, y las administradoras de fondos de pensiones respectivas deben devolver con destino a Colpensiones, la totalidad de aportes pensionales efectuados con ocasión del traslado, así como los rendimientos financieros, bonos pensionales, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y gastos de administración, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado, y demás

conceptos objeto de devolución (CSJ sentencias SL1022-2022, SL1017-2022, SL1125-2022), puesto que dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social, y resultan necesarios para la financiación de las prestaciones económicas que correspondan en el régimen de prima media, en los términos de la jurisprudencia vigente.

Respecto de la excepción de prescripción, el órgano de cierre de esta jurisdicción ha precisado de manera reiterada que la acción de ineficacia de traslado pensional es imprescriptible, «(...) pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción»¹, por lo que resulta acertada la decisión del juez de primera instancia, y ello se hace extensivo a la totalidad de conceptos que son objeto de devolución, como consecuencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen.

Por lo expuesto, se **adicionarán** el numeral TERCERO de la sentencia apelada y consultada, para ordenar tanto a la AFP Colfondos SA como a Porvenir SA, la devolución además, de bonos pensionales, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos y a efectuar ambas AFP, la discriminación y detalle de los valores a devolver.

Sin costas en la alzada.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral tercero de la sentencia proferida el 23 de mayo de 2022, por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en cuanto a que tanto la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA**, como **Colfondos SA Pensiones y Cesantías** deberán devolver también, con destino a Colpensiones, además de los conceptos allí relacionados,

¹ CSJ SL1688-2019.

los bonos pensionales, las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, discriminando la totalidad de los conceptos objeto de devolución, con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado, y demás, según lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada, según lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO
Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:

<https://etbcj->

[my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EmlB3ECh2WFJt_uMX-Afo0ikBXj2-heg0FRrLnLj9NpIe9Q?e=5aiXfN](https://etbcj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EmlB3ECh2WFJt_uMX-Afo0ikBXj2-heg0FRrLnLj9NpIe9Q?e=5aiXfN)

Firmado Por:
Luz Patricia Quintero Calle
Magistrada
Sala Laboral
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación: **1e3b30676660e3951065f178398fdb4a255655cb380d28a43fd0fe1476ad2bba**

Documento generado en 13/12/2022 11:33:23 AM

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



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

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN: 11001 31 05 **020 2017 00614 01**
DEMANDANTE: NATALI PIÑEROS RAMÍREZ
DEMANDADO: MEGALÍNEA SA y BANCO DE BOGOTÁ

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

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 25 de enero de 2022, por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende el demandante que se declare que con Megalínea SA y solidariamente con el Banco de Bogotá, existió un contrato de trabajo a término fijo pactado inicialmente por un año y que estuvo vigente del 1° de julio de 2015 al 15 de agosto de 2017; en consecuencia, que se condene a las demandadas al pago de la indemnización por despido sin justa causa, junto con las cesantías e intereses a las cesantías del 2017, prima de servicios del segundo semestre de ese año, las vacaciones del 1° de julio de 2016 al 15 de agosto de 2017 y la indemnización moratoria de que trata el art. 65 del CST.

Como sustento fáctico relevante de sus pretensiones, expuso que prestó sus servicios personales y subordinados a Megalínea SA mediante contrato de trabajo a término fijo, desempeñando sus labores en las oficinas del Banco de Bogotá; que el contrato inició el 1° de julio de 2015 y se prorrogó en dos

oportunidades; que se desempeñó como cajera auxiliar en algunas oficinas del Banco de Bogotá a las que era enviada por la otra demandada; que el salario mensual era de \$1.312.900; que el 5 de junio de 2017, encontrándose en desarrollo de sus funciones en la oficina 025 de Plaza de las Américas, procedió a realizar un pago mediante la modalidad denominada desinversión por valor de \$9.600.000,00, de la cuenta de fiducia de la que son titulares Myriam Zapata Bedoya y Myriam Beatriz Parra Zapata, cuyo procedimiento es similar al del retiro de dinero en efectivo de una cuenta de ahorros, en el cual el cliente se acerca a la caja, presenta el documento con el comprobante diligenciado y firmado, y posteriormente el cajero que corresponda el documento de identidad del titular o cotitular de la cuenta se coteja de manera empírica la firma registrada en el sistema con la plasmada en el comprobante de reinversión con el fin de verificar que coincidan y se procede a cancelar; que el Reglamento Interno de Trabajo no disponía que por el monto en mención debería confirmarse la transacción vía telefónica con el titular; que el trámite en mención se cumplió a cabalidad; que el 9 de agosto de 2017, se le informó que se encontraba inmersa en una situación con la referida desinversión porque al parecer había sido realizada por una persona distinta a la titular y a la cotitular y fue citada a rendir descargos; y, que finalmente la pasiva tomó la determinación de darle por terminado el contrato de trabajo aduciendo justa causa a partir del 1º de julio de 2018 (Págs. 3 a 11, archivo 1).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda, se admitió el 11 de octubre de 2017, ordenándose la notificación y traslado a las demandadas (Pág. 125 archivo 1).

Megalínea SA, dio respuesta a la demanda oponiéndose a las pretensiones de la demanda con fundamento en que del acta de descargos se desprende que la demandante admitió haber violado sus obligaciones legales y contractuales, respecto al retiro de fiducia y además en que se le pagaron todos los emolumentos causados en vigencia del vínculo. En su defensa, propuso las excepciones de fondo que denominó cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones pretendidas, buena fe de la demandada, ausencia de título y de causa en las pretensiones de la demandante, ausencia de obligación en la demanda y prescripción (págs. 156 a 171, arch. 1)

El **Banco de Bogotá** se opuso a las pretensiones de la demanda argumentando que la activa no prestó sus servicios de manera personal y subordinada en favor de esa entidad, y su verdadero y único empleador es Megalínea SA; que si la convocante se presentó en el local indicado en la demanda, ello tuvo lugar de manera esporádica y para el desarrollo del contrato comercial suscrito entre las demandadas. Propuso como excepciones perentorias las que denominó cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones pretendidas, ausencia de título y de causa en las pretensiones de la demandante, ausencia de obligación en la demandada, falta de legitimación en pasiva y prescripción (Págs. 250 a 268, arch. 1).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 25 de enero de 2022, absolvió a las demandadas de todas las pretensiones de la demanda promovida por la activa y declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, ausencia de título y causa y falta de legitimación en la causa por pasiva con respecto al banco demandado.

El juez de primer grado tuvo por probado en primera medida que entre la demandante y Megalínea SA existió un contrato de trabajo a término fijo que inició el 2 de julio de 2015, se prorrogó mediante tres otros síes y estuvo vigente hasta el 15 de agosto de 2017. A su vez, en cuanto a la solidaridad procurada, señaló que debido a que el objeto social de Megalínea SA consiste en brindar actividades de logística y soporte administrativo para el giro ordinario de la actividad financiera a través de una mezcla de hardware y software se prestan los servicios de cajero auxiliar, lo cual se encuentra incluido en la actividad financiera que realiza cotidianamente la entidad bancaria, y que resultan conexas y recíprocas entre ambas sociedades, el Banco de Bogotá sería responsable solidariamente de las condenas que se pudieran llegar a imponer en contra de la codemandada.

Sobre la indemnización por despido sin justa causa, dijo que con los hechos de la demanda se probaba que la demandante fungiendo como cajera de la oficina Plaza de las Américas procedió a realizar un pago mediante la modalidad denominada desinversión por valor de \$9.600.000,00 de la cuenta

de fiducia de la que eran titulares Myriam Zapata Bedoya y Myriam Beatriz Parra Zapata, agotando un procedimiento similar al retiro de dinero de una cuenta de ahorro, y a su vez, que la misma había admitido su responsabilidad en la diligencia de descargos pues al indagársele si sabía la razón por la que fue citada había respondido “*sí, fraude de la fiducia que yo realicé*”, sumado a que declaró que conocía sus funciones como cajera. En ese orden, estimó que la falta se configuró y no pudo ser desvirtuada por la demandante; que en lo que concernía a las testigos, no les constaban directamente los hechos de la demanda; y que, quedó probado el incumplimiento de las obligaciones de la trabajadora.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** expuso que las encartadas no probaron que la ex trabajadora no cumplió con los procedimientos establecidos para el trámite en el que se fundó el despido, así como tampoco que incurrió en la falta que se le endilga.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 28 de marzo de 2022, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante; y, conforme a lo normado en el art. 15 del Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (arch. 4, C002).

Las demandadas presentaron alegaciones reiterando los argumentos expuestos en los escritos de contradicción (arch. 5, C002).

VI. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada, y conforme a lo dispuesto en el artículo 66A del CPTSS, el problema jurídico en este asunto consiste en determinar si la terminación unilateral del contrato de trabajo de la demandante se dio o no con justa causa.

No se discute en este asunto, que entre Natali Piñeros Ramírez y Megalínea SA existió un contrato de trabajo a término fijo que inició el 2 de julio de 2015 y estuvo vigente hasta el 15 de agosto de 2017.

Para resolver sobre la terminación de la relación laboral y si esta obedeció a una justa causa, ha de recordarse que la jurisprudencia ha señalado que al trabajador le basta con demostrar el despido, para que la carga de probar las causas enunciadas al momento de terminación fueron justas recaiga en el empleador, conforme lo normado en el art 62 del CST, disposición que además consagra que la parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación; y, que posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos.

Tampoco es materia de debate que mediante comunicación de fecha 14 de agosto de 2017, la sociedad empleadora le informó a la demandante la decisión de dar paso a la terminación del vínculo, con fundamento en el incumplimiento grave de las obligaciones emanadas del contrato de trabajo y el desconocimiento de las previsiones de los numerales 2º, 4º y 6º del literal a) del art. 62 y 1º y 5º del art. 58 del Código Sustantivo del Trabajo y de los numerales 5º del art. 44, 3º y 29 del art. 49 y 20 del art. 51 del Reglamento Interno de Trabajo, así como de los procedimientos establecidos para las funciones encargadas, al haberse evidenciado con la citación a descargos y las pruebas documentales arrimadas por la empresa que pagó la desinversión Colectiva SUMAR n.º *****1499 por valor de \$9.6000.00,00, a nombre de la cliente Miryam Zapata Bedoya, la cual no debió ser cancelada, teniendo en cuenta que no se cumplía con los parámetros de “visación”, autenticidad y originalidad, puesto que la firma contenida en el volante de operaciones no correspondía a la registrada en el aplicativo de canales, lo cual generó una reclamación de la cliente.

En esa medida, atendiendo a las causales invocadas, según lo dispuesto en el numeral 6º del literal A del art. 62 del CST, constituye justa causa de despido cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador, de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal, en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o

reglamentos; segundo evento en el cual al fallador le está vedado auscultar sobre la gravedad de la falta, por lo que su accionar se limita a verificar la ocurrencia de los hechos establecidos previamente como infracciones en tales convenios.

De esa manera, al descender al análisis de las causas aducidas para la finalización del vínculo, advierte la Sala que en el literal t). de la cláusula décima del contrato de trabajo, se habían tipificado como faltas graves que constituían justa causa de despido *“el incumplimiento de lo estipulado en el reglamento interno de trabajo, en las circulares reglamentarias, en el manual de funciones, en el reglamento de Higiene y Seguridad Industrial”*. Y, a su vez, en los numerales 5º del art. 44, 3º y 29 del art. 49 y 20 del art. 51 del Reglamento Interno de Trabajo, se estableció que los trabajadores tienen como deberes y obligaciones especiales *“sujetarse a las órdenes, pautas y procedimientos fijados por la Empresa”, “Evitar cualquier acción y omisión que pueda conducir a cualquier persona o entidad a formular reparos ante la Empresa por la conducta y el incumplimiento del trabajador” y “Ejecutar acciones que perjudiquen a la Empresa en sus intereses y buen nombre”*.

No obstante, estima la Sala que contrario a lo sostenido por el *a quo* y lo indicado en la carta de despido, en este asunto no se encuentra probado el hecho en el que fundó la empleadora la terminación del vínculo, así como tampoco que la promotora del proceso hubiera aceptado la comisión del mismo.

En tal sentido, se tiene que al expediente se arrimó citación a descargos en la que la pasiva le puso de presente a la gestora que los hechos que daban lugar a la misma, se relacionaban con lo siguiente: *“Se informa a esta Gerencia de Gestión de Talento Humano que el día 5 de junio de 2017, se pagó una desinversión Colectiva SUMAR n.º *****1499 por valor de \$9.6000.00,00 (Nueve millones seiscientos mil pesos), a nombre de la cliente Miryam Zapata Bedoya, pasando porque la firma contenida en el volante de operaciones Fiduciaria Bogotá, no coincide con la de la titular”* y se le entregaron los documentos relativos a la reclamación de la cliente del 16 de junio de 2017, el comprobante de desinversión del 6 de junio de 2017 y el registro de la firma de la cliente (págs. 22 a 23, arch. 1).

Encontrándose sobre el primer documento, que las clientes *Miryam Zapata Bedoya y Myriam Beatriz Parra Zapata*, solicitaron al banco que se diera explicación de la falta de saldo en la fiducia n.º 001510001499 de aproximadamente \$100.000.000,00, indicando que en el mes de abril se habían consignado \$70.000.000,00 y \$30.000.000,00, de lo que se había retirado \$2.000.000,00 y que a la fecha no figuraba saldo en la fiducia (pág. 21, arch. 1).

A su vez, y en lo que respecta a la información contenida en el acta de descargos, encuentra la Sala que se hace referencia nuevamente a los hechos por los que fue convocada la activa, y al indagarse al inicio de la diligencia “¿Conoce el motivo por el cual fue llamado a esta diligencia?, sírvase explicar cuál es”, la misma contestó “*Sí, fraude de la fiducia que yo realice*”, afirmación que fue tenida en cuenta tanto por la encartada en la carta de terminación del vínculo, como por el juez de primera instancia, para concluir que la trabajadora había admitido expresamente su responsabilidad en los supuestos que se le endilgaron.

No obstante, se considera que con dicho análisis se da un alcance distinto a lo expresado por la activa frente al interrogante en mención, sacándolo del contexto de las demás respuestas dadas en los descargos, pues lo cierto es que a lo largo de la diligencia la misma niega haber incurrido en alguna falta o haber desconocido el procedimiento para el pago de la desinversión, ya que cuando se le cuestionó si era consciente de que no debió llevarse a cabo la operación porque la firma contenida en el volante de Fiduciaria Bogotá no coincidía con la de la titular, dijo “*Al momento de hacer la visación la firma coincide con la que está en el sistema*”, y que para ello, al momento de hacer la desinversión dio clic y verificó la firma de la cliente y vio que los rasgos y características coincidían con la que estaba en el comprobante, por lo que continuó con el trámite debido a que la firma era un 90% igual a la de los canales.

Adicionalmente, al preguntarse “*Es usted consciente de que con la incorrecta visación en la desinversión de la Fiduciaria incurrió en una falta grave que generó una pérdida*”, reiteró “*La verificación y visación de la firma corresponden a la que está en el sistema y seguí el procedimiento del manual para hacer el pago ya que la visación fue correcta*”. Luego, al cuestionamiento relativo a qué implicaciones generó no realizar el procedimiento de manera

adecuada señaló *“Se realizó el procedimiento que debía realizar”*, más adelante, al interrogarse si consideraba que tuvo algún tipo de responsabilidad o pudo ser más diligente, contestó *“No tuve ningún tipo de responsabilidad ya que cumplí con el procedimiento para pago de la Fiducia”* y frente a las preguntas relativas a que si era consciente de que sus actos pusieron en riesgos la imagen y los intereses del cliente, que los hechos acontecidos eran catalogados como faltas graves y si conocía las consecuencia de haber incurrido en la falta descrita, repitió que ella había llevado a cabo el procedimiento de acuerdo con el manual y siguiendo cada uno de los pasos y que no cometió ninguna falta.

Resultando claro para esta Corporación que la respuesta dada al inicio de la diligencia de descargos, no implicaba en modo alguno la admisión por parte de la trabajadora de las conductas que se le atribuyeron, pues al interpretarse en su conjunto la documental, es factible entrever que en la misma se refería al conocimiento que tenía de las razones aducidas por la empresa para citarla, pero no que estuviera de acuerdo con las mismas o que con ello expresamente hubiera aceptado haber incurrido en alguna falta.

Ahora bien, de las demás manifestaciones contenidas en el acta de descargos, tampoco se desprende que la gestora haya admitido haber incumplido el procedimiento para la desinversión de la Fiducia en cuestión, pues se tiene que sobre el cuestionamiento realizado en los descargos, relativo a si sabía el trámite de desinversión de la Fiduciaria Bogotá, aquella relató *“Pues apenas llega el cliente a la cliente le pregunto qué tipo de transacción va a realizar en este caso es un 2245 desinversión de Fiducia verifico que el comprobante este totalmente diligenciado verifico que los datos del comprobante coincidan con la del cliente que la fecha del día sea la que se [lleva] a cabo la desinversión, que no tenga tachones que el valor este bien diligenciado y correcto luego proceso al código 2245 coloco los datos del cliente en el ítem de firmas doy clic verificó que la firma del comprobante sea la firma digital de canales verifico que tenga los rasgos y características y el criterio de conocimiento que llevo como cajera procedo a la visación de la firma y a hacer el pago de la desinversión cuando coincide la firma con la del sistema más de un 90%”* (sic).

Y posteriormente, al preguntársele cómo realizó el pago de la desinversión Colectiva SUMAR n.º *****1499 por valor de \$9.6000.00,00

(Nueve millones seiscientos mil pesos), a nombre de la cliente Miryam Zapata Bedoya, la gestora respondió *“Llegó la señora a la ventanilla me dice que realizará un retiro de Fiducia verifique el comprobante estuviera totalmente diligenciado que tuviera la fecha que corresponde al día que los datos de la cédula coincidan con los datos del comprobante visamos la firma y se revisa que la firma coincida con la que está en canales verifiqué que los rasgos y características fueran los mismos de acuerdo a mi criterio de cajera veo que la firma tiene más de un 90% de originalidad a la que está en el sistema colocamos la huella al comprobante sello de visado y procedo al pago de desinversión de Fiducia”* (sic).

Trámite que fue ratificado por el representante legal del Banco de Bogotá en el interrogatorio de parte, quien indicó que lo primero que debe hacer el cajero es verificar que el formato este diligenciado por el cliente, que la cédula del mismo que coincida con la persona que está haciendo el retiro, que el producto esté activo y por último que la firma del formato concuerde con la registrada en el banco, luego de lo cual, se hace la visación de la firma y se procede a la cancelación o a suministrar el servicio solicitado.

A su vez, en lo que concierne a las versiones de las testigos citadas por la demandada, se tiene que a ninguna le constan de manera personal y directa los hechos debatidos y tampoco se desprende prueba de confesión del interrogatorio de parte practicado a la promotora del proceso.

Aunado a ello, al hacerse una comparación visual de las dos firmas de la cliente contenidas en el volante de operaciones (pág. 18, arch. 1) y en el archivo de la signatura que había sido registrada en el banco por aquella (pág. 10, arch. 1 y arch. 6), se observa que a simple vista, no son notorios y plausibles grandes rasgos que las diferencien y permitan concluir que fueron efectuadas por personas distintas, sin que se haya probado por la demandada que la activa contara con una capacitación técnica especial en grafología como para hacer ese análisis, así como tampoco que la constatación que aquella hizo en su oportunidad no se ajustó al procedimiento dispuesto para ese evento.

De ese modo, se recuerda que quien tenía la carga de probar que la trabajadora en efecto cometió las conductas que se le endilgaron era la

sociedad empleadora y no la demandante, pues a esta última le bastaba con demostrar el hecho del despido para dar paso al pago de la indemnización deprecada, cuya condena resulta procedente en este caso, pues como quedó visto, Megalínea SA no logró acreditar de manera fehaciente que Natali Piñeros Ramírez se haya apartado del cumplimiento del procedimiento que debía agotar en los casos de desinversión de fiducias, ya que ni se aceptó por la trabajadora ninguna de las faltas ni de ninguno de los elementos de convicción se desprende que haya incurrido en ellas.

En lo que refiere a la excepción de prescripción solicitada por la demandada, se tiene que el despido fue el 15 de agosto de 2017, la demanda se interpuso el 21 de septiembre siguiente y se admitió en auto notificado en estado del 31 de octubre de 2017, habiéndose notificado las demandadas del mismo en febrero de 2018, por lo que no operó dicho fenómeno jurídico, al haberse interrumpido con la presentación de la demanda.

En consecuencia, para liquidar el rubro solicitado, se tendrá en cuenta lo establecido en el art 64 del CST, frente a los contratos a término fijo, esto es, como pago indemnizatorio el valor de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplir el plazo estipulado del contrato, que corresponde a 315 días, comoquiera que el contrato de trabajo inicialmente se pactó por el término de seis meses que comprendieron del 2 de julio de 2015 al 1º de enero de 2016, se prorrogó en tres oportunidades por el mismo tiempo (págs. 176 a 180, arch. 1), es decir, hasta el 1º de julio de 2017, y posteriormente por un año, atendiendo a lo dispuesto en el art. 46 del CST.

Por lo anterior, se **revocará** la sentencia apelada, para en su lugar, condenar a Megalínea SA a pagar a la demandante la suma de \$13.785.450, por concepto de indemnización por despido sin justa causa.

Solidaridad.- Es relevante señalar que tal como lo ha explicado la Corporación de Cierre de esta Jurisdicción, la solidaridad prevista en el artículo 34 del CST, entre el contratista y quien se beneficia de su labor, se presenta cuando aquellas actividades prestadas son normales o corrientes a la desarrolladas por quien encargó su ejecución, es decir, que cubren una necesidad esencial, inherente e indispensable, ligada directamente con su objeto social o actividad económica y con la ordinaria explotación o

cumplimiento del negocio (CSJ SL611-2018, CSJ SL14692-2017, CSJ SL4400-2014 y CSJ SL 34893, 21 sep. 2010).

Igualmente se ha referido que para determinarla, resulta imperioso analizar no solo el objeto social del beneficiario del trabajo o dueño de la obra y del contratista independiente, sino además las labores desarrolladas por el trabajador. Esto se predica, igualmente, de la relación que surge entre el beneficiario del trabajo o el dueño de la obra, respecto de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aun en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de los subcontratistas.

Siguiendo los parámetros citados, para dirimir la controversia planteada se deben evaluar tres aspectos, que son *i*). El contrato de trabajo entre Megalínea SA y la trabajadora; *ii*). La existencia y naturaleza de los contratos celebrados entre las demandadas; y, *iii*). Si la obra o labor ejecutada por la demandante pertenece o no a las actividades normales o corrientes de quienes encargaron su ejecución.

En este asunto, se encuentra probado que la demandante fue contratada por Megalínea SA, como cajera auxiliar, labor que consistía, según se infiere del acta de descargos en “*revisar la tula de movimientos*”, verificar firmas en las cuentas de ahorro, aperturas de cuenta, ingresar la provisión del cajero principal verificando el efectivo y timbrándolo y hacer las transacciones de los clientes (pág. 24 a 29, arch. 1).

Además, se acreditó que entre Megalínea SA y Banco de Bogotá, el 30 de diciembre de 2013 se celebró contrato para la prestación de servicios de soporte logístico, cuyo objeto consistió en ejecutar a nivel nacional las labores de soporte requeridas por el contratante, incluso el archivo, custodia, reproducción de documentos, trámite, promoción de productos y atención de labores operativas, así mismo, en la operación de la fuerza móvil de venta que se requiriera, la operación de celulares y dispositivos móviles, envío de mensajes de texto, etc. (pág. 270 a 284, arch. 1).

Por otro lado, advierte la Sala que el objeto social de Megalínea SA consiste en la prestación de toda clase de servicios técnicos o administrativos

necesarios para el giro ordinario de la actividad financiera y principalmente aquellos consistentes en la generación de resultados obtenidos a través de una mezcla de hardware y software dispuestos para el manejo de información mediante la captura y procesamiento de datos (Págs. 307 a 315, arch. 1) y en el caso de Banco de Bogotá se estableció que podría efectuar todas las operaciones que las leyes y especialmente el estatuto orgánico del sistema financiero le permitan (Págs. 43 a 122, arch. 1).

Conforme a lo expuesto, encuentra la Sala, en este caso, que a pesar de que las encartadas en el escrito de contradicción refirieron que la promotora del proceso esporádicamente desempeñó su cargo de cajera auxiliar en las instalaciones del Banco de Bogotá, por lo que no se puede declarar la solidaridad deprecada, lo cierto es que esa afirmación no está probada en el proceso, pero lo que si quedó plenamente demostrado es que en virtud de la ejecución del pacto celebrado entre las demandadas, al momento del finiquito laboral el Banco de Bogotá se estaba beneficiando de los servicios para los que se vinculó a la trabajadora, quien a su vez, fue contratada por otra persona jurídica para desempeñar funciones que sin duda son conexas a la desarrolladas por quien encargó su ejecución.

De lo que surge la solidaridad pretendida respecto de Banco de Bogotá, ya que aquella se benefició del trabajo de la demandante, tanto así que fue en virtud de los sucesos que se presentaron en una de las oficinas de la entidad bancaria, que la codemandada dio por terminado el contrato de trabajo aduciendo una justa causa, que como quedó establecido no se probó.

Sin costas en la instancia. Las de primera instancia, a cargo de las demandadas, según la liquidación que efectúe el *a quo*.

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida 25 de enero de 2022, por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá DC, para en su lugar, condenar a Megalínea SA a reconocer y pagar a Natali Piñeros Ramírez la suma de trece millones setecientos ochenta y cinco mil cuatrocientos cincuenta pesos M/Cte (\$13.785.450,00), por concepto de indemnización por despido, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR solidariamente responsable a Banco de Bogotá en el pago de las sumas dispuestas en esta sentencia, de conformidad con lo normado en el art. 34 del CST y lo expuesto en las consideraciones.

TERCERO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación. Las de primera instancia a cargo de las demandadas, según la liquidación que efectúe el *a quo*.

CUARTO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del CPTSS.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO
Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

Enlace expediente digital:

https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EsAyEEIE_b9DjJNWjPLp9pwBI9qX2r4P1OJ9LFg-8I8eyQ?e=RraDr6

Firmado Por:
Luz Patricia Quintero Calle
Magistrada
Sala Laboral
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación: **868b8c090f0c8009e5f97da4d343a19fa82f73777096ae64334fc41742ebc2d7**

Documento generado en 13/12/2022 11:33:21 AM

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



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

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN: 11001 31 05 **017 2019 00583** 01
DEMANDANTE: PROCESO AGUILAR
DEMANDADAS: FONDO PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES
NACIONALES DE COLOMBIA

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

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia proferida el 14 de febrero de 2022, por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende el demandante que se declare que el último salario promedio de liquidación para efectos pensionales a 15 de septiembre de 1991 fue de \$179.856,28; que la tasa de reemplazo a aplicar es de 42.76% con el fin de calcular el monto de su primera mesada pensional, debido a que laboró 3849 días; en consecuencia, se condene a la demandada a reliquidar la pensión en cuantía de \$715.681 efectiva a partir del 5 de junio de 2012 (pág. 6 arch. 1 C01).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 5 de junio de 1952, por lo que cumplió los 60 años de edad en el año 2012; laboró para los extintos Ferrocarriles Nacionales de Colombia entre el 7 de enero de 1981 y el 16 de septiembre de 1991, es decir 10 años, 8 meses y 9 días equivalentes a 3849 días en total; su empleadora le liquidó su auxilio de cesantías definitivo con base en el último salario promedio de liquidación, es

decir de \$179.856,28, por lo que según el RIT de su extinta empleadora la pensión plena de jubilación debe ser liquidada con el mismo salario y con un 80%.

Agregó que le fue reconocida judicialmente la pensión sanción, por lo que se expidió la Resolución n.º 0596 el 20 de abril de 2017 con el fin de reconocer y pagar tal prestación en cuantía de \$597.820,30 a partir del 5 de junio de 2012, sin embargo, considera que no fue indexada su primera mesada pensional conforme las sentencias C-891A y C-862 ambas de 2006, pues la misma debió ascender a \$715.681 al aplicarle la tasa de reemplazo respectiva, motivo por el cual elevó la respectiva reclamación, sin embargo no obtuvo resultado positivo (pág. 4-6 *idem*).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue admitida el 26 de septiembre de 2019, ordenando su notificación y traslado a la demandada (pág. 19 *idem*), quien contestó con oposición a lo pretendido y en su defensa propuso como excepciones las de inexistencia de la obligación, buena fe, cobro de lo no debido, prescripción, pago, falta de causa y título para pedir y compensación (págs. 23-26, 65-67 *idem*).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, a pesar de haber sido legalmente notificada guardó silencio (pág. 21 *idem*).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 14 de febrero de 2022, declaró probadas las excepciones de inexistencia de las obligaciones y cobro de lo no debido y en consecuencia absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra e impuso costas a cargo del demandante, tras considerar que si bien la indexación de la primera mesada es un derecho que tienen por rango constitucional todos los pensionados, lo cierto es que al efectuar las operaciones aritméticas del caso, encontró que la pensión restringida de jubilación por despido que se le reconoció al demandante en virtud del cumplimiento de una sentencia judicial proferida por el Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá, confirmada por la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en donde se fijaron los parámetros legales para el reconocimiento pensional, se encuentra ajustada a derecho no

solo en el porcentaje aplicado del 42.76% sino en el monto del IBL que encontró la entidad empleadora, en la medida en que la prestación reconocida no fue la pensión plena de jubilación (págs.. 86, 87 arch. 1, arch. 4 C01).

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El demandante insiste en que la pensión restringida de jubilación que se le otorgó a través de la Resolución n.º 0596 de 2017, debe ser liquidada aplicándosele una tasa de reemplazo del 42.76%, es decir, proporcional al tiempo laborado teniendo como base el 80% que se impone para la pensión plena de jubilación, porcentaje que al aplicarse sobre el salario promedio de liquidación actualizado desde el año 1991 hasta el año 2012, arroja una primera mesada de \$715.681, mientras que la cuantía liquidada por la compañía fue de \$597.820,30 a partir del 5 de junio de 2012.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 4 de abril de 2022 se admitió el recurso interpuesto; y, conforme a lo normado en el art. 15 del Decreto Legislativo 806 de 2022, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, pero guardaron silencio (archs. 4, 5 C02).

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo previsto en el art. 66A del CPTSS, el problema jurídico a resolver, consiste en verificar si el demandante tiene derecho a que le sea indexada su primera mesada de la pensión proporcional al tiempo laboral, con el fin de percibir \$715.681 a partir del 5 de junio de 2012 y si para ello es viable imponer una tasa de reemplazo del 42.76%, teniendo como base el 80% que según manifestación de la parte actora se impone para la pensión plena de jubilación, no sin antes estudiar si dentro del presente proceso se configura el fenómeno jurídico de la cosa juzgada frente a lo decidido en el proceso ordinario laboral con radicado 11001 31 05 013 2015 00207 00.

A fin de resolver, se considera importante inicialmente traer a colación que el art. 303 del CGP establece que para que se configure la cosa juzgada, el nuevo proceso debe versar sobre el mismo objeto y tener la misma causa y, además, debe existir identidad de partes; elementos que sea el caso advertir, no sólo deben

ser estudiados desde la óptica de la demanda y su contestación, sino además a partir de los problemas jurídicos desarrollados en el curso del proceso y las decisiones judiciales que los resolvieron, pues es claro que, una vez en firme, las mismas adquieren el carácter de definitivas e inmutables, lo que confiere a las partes en contienda seguridad jurídica respecto de lo resuelto, dado que uno de los propósitos de la figura estudiada es justamente evitar que sobre los mismos hechos se dicten decisiones contrarias.

De otra parte, la indexación de la primera mesada pensional se aplica a todas las pensiones reconocidas en cualquier tiempo, sin interesar si son de origen convencional o legal y sin consideración a la fecha de reconocimiento, esto es, antes o después de la entrada en vigor de la Constitución Política de 1991, ello, partiendo de parámetros normativos como la equidad, la justicia y los principios generales de derecho, que tienen fuerza normativa en virtud del art. 8º de la Ley 153 de 1887, porque la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, a consecuencia de la inflación, es un fenómeno que afecta por igual a todos los jubilados, tal como lo han considerado la Corte Constitucional y la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en las sentencias CC SU-1073-2012, SU-131-2013, CSJ SL736-2013, SL2382 SL2424 ambas de 2018, SL5341, SL4345 y SL874 todas de 2019, respectivamente.

Bajo estos parámetros, conforme los medios probatorios que fueron aportados, se encuentra acreditado dentro del plenario que el demandante nació el 5 de junio de 1952 por ende cumplió 60 años de edad en el año 2012 (pág. 22, 32, 159 arch. 2 C01); además, trabajó para la extinta Ferrocarriles Nacionales de Colombia, entre el 7 de enero de 1981 y el 15 de septiembre de 1991, es decir 10 años, 8 meses y 9 días equivalentes a 3849 días en total y desempeñó como último cargo, el de Aseador Autoferros y Coches, siendo su vínculo terminado por supresión de cargo; y que le fue liquidado su auxilio de cesantías definitivo con un salario base de \$179.856,28 (págs. 12-15, 40-43 arch. 1, pág. 4, 5, 12, 14-16, 19 arch. 2 C01).

Mediante Res. GNR053069 del 5 de abril de 2013, Colpensiones le reconoció la pensión de vejez de conformidad con el art. 12 del Acuerdo 049 de 1990, en cuantía de 1 smlmv equivalente a esa data a \$589.500 a partir del 1º de abril de 2013, por haber cotizado 1283 semanas al subsistema general de pensiones (pág. 26-31 arch. 2 C01). Por tal motivo, la aquí demandada inicialmente a través de comunicado GPE-20143140109811 del 25 de junio de

2014 le negó la pensión sanción solicitada por el demandante (pág. 33 arch. 2 C01).

El demandante impetró demanda ordinaria laboral en contra de la demandada con el fin de obtener el reconocimiento y pago de la pensión restringida de jubilación prevista en el art. 8.º de la Ley 171 de 1961 a partir del 1.º de junio de 2014 y debidamente indexada, correspondiéndole al Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá DC, quien le asignó el radicado 11001 31 05 **013 2015 00207** 00 y profirió sentencia el 29 de julio de 2015 mediante la cual condenó al Fondo de Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia a pagar al demandante la pensión sanción a partir del 5 de junio de 2012 en cuantía mensual de \$597.820, junto con los reajustes legales y mesadas adicionales, más costas procesales; decisión que, como consecuencia del recurso de apelación impetrado por la demandada, fue confirmada el 3 de febrero de 2016 por la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, y fue ejecutada a continuación con el radicado 2016 00331 (págs. 34-55, 88-93, 96 arch. 2, arch. 5 C01).

La demandada mediante Resolución n.º 0596 el 20 de abril de 2017 en cumplimiento de las sentencias judiciales mencionadas, reconoció la pensión restringida de jubilación en cuantía de \$597.820,30 a partir del 5 de junio de 2012 con el correspondiente retroactivo que liquidó en \$44.176.192 en favor del demandante, conforme la cuenta de cobro que presentó y la liquidación de la Oficina de Nómina de Pensionados de la entidad y para el efecto, fue incluido en nómina mediante Resolución n.º 598 de la misma fecha para iniciar con el pago de \$690.947.91 como mesada a partir del 1.º de diciembre de 2016; posteriormente mediante Resolución n.º 1325 del 25 de septiembre de 2017 se modificó la cuantía del mencionado retroactivo, para fijarlo en \$40.058.820 debido a los descuentos que se debían hacer por concepto de aportes en salud. Esta prestación para el año 2018 ascendía a \$781.242, según documento GPE-20183140047811 del 9 de marzo de 2018, es decir, una cuantía equivalente a 1 smlmv de la época (págs.. 13-18, 44-46 arch. 1 C01, págs.. 56-68, 87, 98-100, 116, 118-120, 125, 126, 145-147, 162-164 arch. 2 C01).

De esta manera, no existe duda alguna respecto de la identidad de partes, pues en ambos procesos, tanto en el que se siguió en el Juzgado 13 Laboral del Circuito de esta ciudad, como en el que se estudia, actuaron como demandante y demandada: Proceso Aguilar y Fondo Pasivo Social de los Ferrocarriles

Nacionales de Colombia, respectivamente, tal como se advierte de los autos admisorios de ambos procesos (pág. 19 arch. 1, pág. 35 arch. 2).

Ahora bien, frente a la identidad de objeto y de causa, debe decirse que aunque las pretensiones no son en esencia iguales, lo cierto es que en ambos procesos se reclama la indexación de la primera mesada de la pensión restringida de jubilación. En cuanto al sustento fáctico de las pretensiones, en ambos procesos se refiere al vínculo laboral que unió a las partes entre el 7 de enero de 1981 y el 15 de septiembre de 1991, tiempo equivalente a 3849 días en total y terminó por supresión legal de su cargo, que su último salario promedio de liquidación fue el de \$179.256,28 y cumplió los 60 años de edad el 5 de junio de 2012 para ser acreedor de la mencionada prestación, con base en el art. 8.º de la Ley 171 de 1961.

Según se desprende de la sentencia de primera instancia, el Juez 13 Laboral del Circuito de Bogotá, otorgó la pensión restringida de jubilación en mención *«en cuantía ya debidamente indexada con reajustes legales y mesadas adicionales»* y para tal efecto, no solo tuvo en cuenta el tiempo laborado por el actor y el salario aducidos, sino que para establecer el porcentaje respectivo, señaló que si le hubiera correspondido el 75% de ese salario como mesada pensional de haber laborado 20 años completos (7210 días) al servicio de la extinta Ferrocarriles Nacionales de Colombia, la pensión reclamada se debe otorgar con un 40.08% como tasa de reemplazo, lo que dicho sea de paso se encuentra acorde con lo adoctrinado antaño por la jurisprudencia de nuestro Máximo Órgano de Cierre (CSJ SL5268-2021); además analizó la indexación de la primera mesada, es decir, la actualización del salario sobre el cual se liquidó la prestación para sortear la pérdida del poder adquisitivo del dinero por lo que aplicó la consabida fórmula adoctrinada desde la sentencia SL 6 dic. 2007 rad. 32020 y que se mantiene imperante en la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, verbigracia en sentencias SL5553-2021 y SL2618-2022. La decisión fue apelada únicamente por la demandada en 2 puntos; mientras que la parte actora manifestó no tener ningún reparo frente a la decisión (arch. 5 C01).

Ahora, en el audio surtido el 3 de febrero de 2016 en segunda instancia dentro del proceso 013 2015 00207, se constata que uno de los puntos de apelación de la parte demandada contra la sentencia de primera instancia proferida el 29 de julio de 2015, fue el atinente a la indexación de la primera

mesada pensional, tras argumentar frente a su improcedencia que la pensión no había sido reconocida, por lo que no perdió su valor adquisitivo; sin embargo, esta Colegiatura concluyó que según el inc. 3.º del art. 8.º de la Ley 171 de 1961, la pensión se calcula con base en el salario promedio devengado en el último año de servicios, pero se reconoce cuando se llega a la edad de 60 años, de modo que como en el caso del demandante, el contrato que lo unía con la extinta Ferrocarriles Nacionales de Colombia finalizó el 15 de septiembre de 1991, pero solamente alcanzó la edad de 60 años el 5 de junio de 2012, es decir, 20 años y 9 meses después, resulta lógico que entre una y otra fecha operó el fenómeno económico de la depreciación de la moneda, por lo que sí resultaba procedente la indexación de la primera mesada pensional del actor confirmándose así lo decidido por el juzgador de primera instancia. Frente a esta decisión no se interpuso recurso de casación de manera que se ordenó la devolución del expediente al juzgado de origen (arch. 5 C01).

Así las cosas, conforme a lo anterior, es necesario invocar el art. 282 del CGP, aplicable en materia laboral por remisión del art. 145 del CPTSS, para declarar probada de manera oficiosa la excepción de cosa juzgada, porque como quedó visto, la pretensión incoada por Proceso Aguilar, relacionada con la indexación de la primera mesada de la pensión restringida de jubilación regulada en el art. 8.º de la Ley 171 de 1961 fue en estricto sentido zanjada en el proceso ordinario laboral con radicado 013 2015 00207, independientemente del resultado favorable o desfavorable, sin que se vislumbre la vulneración de derecho alguno.

Es decir, si el demandante consideraba que la pensión que reclamó y se le otorgó en aquel proceso, se encontraba mal liquidada o su IBL fue actualizado de manera incorrecta incluso con factores de IPC o montos porcentuales erróneos, ha debido ventilar tal aspecto haciendo uso de los medios de impugnación y figuras procesales respectivos, tales como la aclaración o corrección de providencias, para debatir la forma de condenar y su confirmación y que, de no haber sido usadas, no pueden legitimar la apertura de un nuevo litigio para remediar eventuales desatinos; sin embargo, revisadas las probanzas ya reseñadas se constata que el demandante guardó silencio tanto en primera como en segunda instancia, luego de haber tenido una sentencia favorable a sus intereses, con carácter de cosa juzgada, que impide que una sentencia ejecutoriada sea revisada nuevamente y, por seguridad jurídica, confiere a las partes la certeza de haberse resuelto de manera definitiva el conflicto en que se

vieron comprometidas, evitando que sobre los mismos hechos se dicten decisiones contrarias.

Son estas las razones que llevan a **confirmar** la sentencia absolutoria apelada. Sin costas en la alzada.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 14 de febrero de 2022, por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá DC, **pero** por las razones expuestas en las consideraciones de esta decisión.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO
Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:

<https://etbcsj->

my.sharepoint.com/:f/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EhGLHeYJrxFKpL-kUh8xZh0B4nCS778bp9SxCsP5QzLH0A?e=1OJGP3

Firmado Por:
Luz Patricia Quintero Calle
Magistrada
Sala Laboral
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación: **73c84d0f0039991aa25f24fddefb46440e2e2f38159f8ac6e9cd8d3f38f45531**

Documento generado en 13/12/2022 11:33:19 AM

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