República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **01 2020 00288 01**
Demandante:	NANCY MAYORCA ENDARA
Demandados:	COLPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A y COLFONDOS S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA:

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

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora NANCY MAYORCA ENDARA promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A y COLFONDOS S.A., a fin de declararse la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de los fondos de pensiones accionados, en atención al incumplimiento del deber de información que les asiste; además, busca se declare que nunca estuvo

afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad y que siempre estuvo afiliado al régimen de prima media con prestación definida.

Como consecuencia de tales declaraciones, solicita se condene a PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES el valor total de los dineros que se encuentren en su cuenta de ahorro individual, junto con el pago de costas y agencias en derecho, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra* y *extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 6 de julio de 1962 y que efectuó cotizaciones al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES desde el 19 de julio de 1990 hasta el 31 de agosto de 1991, precisando ingresó a laborar a la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, realizando cotizaciones a CAJANAL a partir del 21 de octubre de 1991 y hasta el 15 de julio de 1995.

Añadió que se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de COLMENA S.A, hoy PROTECCION S.A. el 30 de junio de 1995, posteriormente se vinculó a PORVENIR S.A. el 7 de febrero de 1997, después se trasladó a COLFONDOS S.A. el 26 de noviembre del 2003, y luego se trasladó a HORIZONTE S.A., hoy PORVENIR S.A. el 12 julio del 2012, para finalmente retornar a PROTECCIÓN S.A., alcanzando un total de 1503 semanas cotizadas al mes de abril de 2020.

Arguyó que fue persuadida junto con sus compañeros de trabajo de trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad, sin que los asesores le brindaran información suficiente y clara sobre los efectos jurídicos de trasladarse, faltando al deber legal de suministrar información necesaria, sencilla y compresible sobre los regímenes pensionales existentes, así como sus características, ventajas y desventajas, situación que persistió con los demás traslados horizontales que efectuó.

Explicó que el 24 de diciembre del 2019, PROTECCIÓN S.A. le realizó una proyección pensional en la que advirtió que la información que le fue suministrada al momento de vincularse, no correspondía a la realidad, toda vez

que recibiría una mesada pensional inferior a la que hubiera recibido en COLPENSIONES. De otro lado, adujo que solicitó la ineficacia del traslado a las demandadas, las cuales negaron su solicitud. (folios 5 a 15 archivo 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLFONDOS S.A. dijo oponerse a las pretensiones dirigidas en su contra; aduciendo que si brindó a la demandante una asesoría integral y completa, explicando las características, ventajas y desventajas entre ambos regímenes, el derecho de rentabilidad que producen los aportes en el régimen que administra, lo atinente al bono pensional, el derecho de retractación y los requisitos para acceder a la pensión de vejez en uno y otro régimen pensional, lo cual se constata con la suscripción del formulario de afiliación, por ende, la actora se trasladó válidamente haciendo uso de su libre escogencia siendo debidamente informada de las características de cada régimen.

Como excepciones propuso las de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y falta de casusa en las pretensiones de la demanda, prescripción, buena fe, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, falta de legitimación en la causa por pasiva, compensación y pago, petición antes de tiempo, obligación a cargo exclusivamente de un tercero y la innominada o genérica. (folios 2 a 23 archivo 06)

Por otro lado, COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones del libelo introductorio, aduciendo que no se allegó prueba alguna que permita evidenciar el incumplimiento del deber de información por parte de la AFP y que en razón de ello se hubiese generado un vicio en el consentimiento, agregando que la demandante se encuentra bajo la prohibición legal para trasladarse según la ley 797 de 2003.

Propuso como excepciones de fondo las referentes a error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, cobro de lo no debido, cobro de lo no debido, la parte demandante no puede beneficiarse de su propia culpa y no sirve de excusa, inexistencia del derecho y la obligación, no procedencia de condena en costas y agencias en derecho en instituciones que administran

recursos del sistema general de pensiones y la innominada o genérica. (folios 2 a 17 archivo 07).

PROTECCIÓN S.A. se opuso a las pretensiones del *petitum*, argumentado que se está frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, observándose del formulario de vinculación que suscribió la promotora, que dicho acto se realizó en forma libre y espontánea, acto que tiene la naturaleza de un verdadero contrato, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza del Fondo como de la afiliada, manifestación de voluntad que estuvo libre de presión y engaños, desvirtuándose cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento, lo que constituye una manifestación inequívoca de trasladarse a ese fondo.

Formuló como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto y la innominada o genérica (folios 3 a 24 archivo 9).

PORVENIR S.A. al contestar se opuso a las pretensiones de la demanda. Al respecto, señaló que el traslado de régimen pensional de la demandante fue efectuado por la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. en 1995, trasladándose a ese fondo en 1997 de manera libre, informada y espontánea, y tras haber sido asesorada sobre las implicaciones de la afiliación, características del RAIS y condiciones pensionales, por lo que sería improcedente declarar la ineficacia en tanto no se alega ni acredita conductas dolosas por parte de la AFP, aunado a que tampoco se evidencia algún vicio del consentimiento, como tampoco que la afiliación recaiga sobre causa u objeto ilícito.

Formuló como excepciones las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (folios 2 a 39 archivo 11).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

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

> *"**PRIMERO**: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional de la demandante señora NANCY MAYORCA ENDARA, identificada con la C.C. No. 40.762.666, a través del fondo administrado por PORVENIR S.A, COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A., conforme lo expuesto en precedencia.*
>
> ***SEGUNDO**: ORDENAR a la demandada COLPENSIONES autorizar el traslado de régimen pensional de la demandante señora NANCY MAYORCA ENDARA, identificada con la C.C. No 40.762.666 al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en las mismas condiciones pensionales que tenía al momento de haber sido trasladada al RAIS; conforme lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento.*
>
> ***TERCERO**: ORDENAR a PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A. trasladar con destino a la demandada COLPENSIONES los aportes efectuados por la demandante señora NANCY MAYORCA ENDARA, identificada con la C.C. No 40.762.666 en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, junto con todos los rendimientos financieros, frutos e intereses a que haya lugar, el bono pensional, los gastos de administración, y lo indicado en esta decisión judicial lo que tiene que ver con prima de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a formar el fondo de garantías mínimas y valores utilizados en seguros previsionales debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que la aquí demandante estuvo afiliado a cada una de esas administradoras de fondo de pensiones y cesantías, sin que le sea dable efectuar descuento alguno de la cotización total realizada por la accionante; conforme lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento.*
>
> ***CUARTO**: DECLARAR que la demandada COLPENSIONES, puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.*
>
> ***QUINTO**: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por la demandada.*
>
> ***SEXTO**: Sin costas para las partes en la presente instancia."*

Para arribar a dicha conclusión, el *a-quo* después de analizar los diferentes medios de prueba recaudados en el trámite procesal, entre ellos, el interrogatorio de parte que depuso la gestora y al memorar la amplia y pacífica jurisprudencia emitida sobre el particular, indicó que si bien no se observa constreñimiento para

que la activa se trasladara de régimen, lo cierto es, que se advierte la carencia de una debida información a la afiliada sobre las ventajas y desventajas del traslado, de modo tal que pudiera prever las consecuencias que esa situación le acarrearía, incumplido así los fondos demandados con el deber de información a su cargo, la cual era de vital importancia para la correcta elección de la afiliada, ello, en aras de tener claridad sobre su futuro pensional.

En consecuencia, declaró la ineficacia del traslado, correspondiendo a las demandadas llevar a cabo lo pertinente a fin de dar vialidad a la afiliación de la demandante en el régimen de prima media y la consecuente devolución de los emolumentos que esa situación conlleva, absteniéndose de emitir condena en costas.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

PORVENIR S.A. presento recurso de apelación parcial frente al numeral tercero de la sentencia proferida, especificando su inconformidad en relación a la devolución de los diferentes conceptos debidamente indexados, ante lo cual argumenta que resulta incongruente ordenar la indexación de los valores a trasladar, como quiera que los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante no se vieron afectados por devoluciones o inflexiones en la economía, por el contrario, señala que los rendimientos financieros a trasladar compensan la depreciación que hubiese tenido el poder adquisitivo de la moneda, por lo que devolver tanto los rendimientos como la indexación de las sumas que se ordenaron devolver, por lo cual constituye una doble sanción.

Por su parte, la demandada COLPENSIONES apeló la decisión de primer grado. Al respecto, manifestó que se deben examinar las particularidades de cada caso, advirtiendo que en el caso de la actora se observa que es una persona capaz, consciente y cuenta con nivel académico y profesional superior, lo que le permitió tomar la decisión de trasladarse al RAIS después de haber obtenido toda la información necesaria, de la misma forma, señaló que se deben tener en cuenta los diferentes traslados horizontales que realizó la actora, y que la finalidad de retornar al régimen de prima media obedece a la posibilidad de obtener una mayor mesada pensional, aunado a que se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado. Asimismo, enfatizó la falta de interés de la activa en hacer un

análisis detallado de su status pensional, sin que se pueda alegar el incumplimiento al deber de información por parte de las AFP, pues el mismo solo surgió con la expedición del Decreto 2071 de 2015.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por

lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

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

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

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble*

asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido".

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

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

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

> *"Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del*

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fue aportado el formulario de afiliación que efectuó la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través COLMENA hoy PROTECCION S.A. el 30 de junio de 1995, igualmente, se allego el formulario mediante el cual se trasladó a PORVENIR S.A. el 7 de febrero de 1997, el formulario de afiliación a COLFONDOS S.A el 26 de noviembre del 2003 y el formulario de traslado realizado a HORIZONTE hoy PORVENIR el 12 de julio del 2012, vinculaciones que se hicieron efectivas el 1º de julio de 1995, 1º de abril de 1997, el 1º de enero del 2004 y el 1º de septiembre del 2012, respectivamente; según el reporte SIAFP. (folios 16 y 44 al 46 archivo 3 y folios 33, 91 archivo 09).

De la misma forma, el referido reporte SIAFP da cuenta de vinculaciones a COLPATRIA y finalmente el retorno de PORVENIR S.A. a PROTECCIÓN S.A., cuyas vinculaciones se hicieron efectivas el 1º de octubre de 1999 y el 1º de octubre del 2019, en su orden. (folio 91 archivo 09).

De lo anterior, se advierte que de dichos formularios que, si bien refieren que la decisión se adoptó de manera libre y voluntaria, no acreditan que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *"Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin*

presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado".

Por otra parte, la demandante señora NANCY MAYORCA ENDARA en el interrogatorio de parte a ella practicado, expuso que en 1995 prestaba sus servicios en el área de Recursos Humanos de la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, lugar en donde conoció a una asesora de COLMENA, quien le ofreció la posibilidad de afiliarse a ese régimen para mejorar su pensión y la posibilidad de acceder a la prestación pensional de vejez antes de tiempo, entre otros beneficios. Añadió que suscribió los formularios de afiliación de manera voluntaria y que recibió asesoría individual la cual no duró más de cinco minutos, igualmente adujo que los asesores le dijeron que el ISS acabaría, y por ello debía asegurar su pensión, en cuanto a los demás traslados horizontales, narro que cada vez que un fondo le indicaba que estaba en el primer lugar, ella se trasladaba creyendo en la mejor rentabilidad que le ofrecían los asesores, además, sostuvo que su motivación para trasladarse de régimen en la actualidad es tener una mejor pensión.

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

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

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

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

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón al fallador de instancia al declarar la ineficacia del traslado, dado que la AFP COLMENA hoy PROTECCION

S.A., no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen de la promotora.

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

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

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

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

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

En otro giro, respecto a una posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera respecto de COLPENSIONES, debe indicarse que, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en

sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló sobre el particular:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Así las cosas, debe precisar la Sala que el traslado de régimen pensional que se hace ineficaz, alude al que realizó la actora en inicio a COLMENA hoy PROTECCIÓN el 1º de julio de 1995 y no a PORVENIR S.A. como quedó plasmado en la parte resolutiva de la sentencia confutada, de ahí, que tal declaración conlleve a que los demás traslados horizontales que llevó a cabo la gestora tampoco se hayan hecho efectivos, como en el caso de los que realizó en lo sucesivo a PORVENIR S.A., COLPATRIA, HORIZONTE y nuevamente a PROTECCIÓN; en consecuencia, se modificará el numeral primero de la sentencia en tal sentido.

De otro lado, cabe mencionar que no desatinó el *a quo* al ordenar a los fondos de pensiones privados el reintegro a COLPENSIONES de los gastos de administración, las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima a prorrata del tiempo en que permaneció la actora en cada uno de esos fondos, al igual que tales conceptos por el tiempo en que permaneció en las administradoras de pensiones que absorbieron los fondos privados que fueron convocados a juicio, conceptos que deben ser indexados al momento de su pago.

Corolario de lo anterior, habrá de confirmarse en lo demás la sentencia objeto de censura. **COSTAS** en esta instancia a cargo de las recurrentes.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida el 23 de noviembre de 2022 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional de la demandante, a través del fondo administrado por PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A.

Para en su lugar, precisar que, se declara ineficaz el traslado de régimen pensional que realizó la demandante a través COLMENA hoy PROTECCIÓN el 1º de julio de 1995 y los demás traslados horizontales que llevó a cabo por medio de PORVENIR S.A., COLPATRIA, HORIZONTE y nuevamente a PROTECCIÓN S.A., por las razones indicadas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes. Se fija como agencias en derecho la suma de $500.000 a cargo COLPENSIONES y PORVENIR S.A. a favor de la parte actora, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **06 2018 00206 01**
Demandante:	ADRIANO JESÚS CUERVO MORENO
Demandado:	COMPAÑÍA GENERAL DE ACEROS S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 22 de septiembre de 2022 por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor ADRIANO JESÚS CUERVO MORENO promovió demanda ordinaria laboral en contra de la COMPAÑÍA GENERAL DE ACEROS S.A., a fin de declararse que con la encartada existió un contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 5 de enero de 1987 y el 8 de abril de 2016, el cual finalizó sin justa causa por la pasiva.

Asimismo, se declare que durante el último año de servicios percibió ingresos constitutivos de salario por valor mayor en la suma de $6.882.360, con relación a

los tenidos en cuenta por la pasiva, elevándose así su salario real de $13.831.784 a $20.714.144, así como que fue víctima de acoso laboral que lo conllevó a renunciar.

Se declare que la encartada dejó de pagar la totalidad de sus acreencias laborales a la finalización del contrato de trabajo, se le despidió cuando se encontraba en situación de discapacidad sin la autorización de la autoridad competente, es merecedor de daños y perjuicios con ocasión del acoso laboral y del despido ilegal del cual arguye fue víctima.

Por consiguiente, solicita se condene a la demandada al pago de conceptos salariales consistentes en comisiones por ventas, bonificaciones por cumplimiento de ventas y rodamiento para vehículo devengados durante los 3 últimos años de servicios, así como la reliquidación de vacaciones.

Igualmente, se le condene al pago por indemnización de despido sin justa causa, indemnización por despido en situación de discapacidad, indemnización moratoria, perjuicios morales y materiales en virtud del daño ocasionado a su salud ante el despido injusto y costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que se vinculó mediante contrato de trabajo a término indefinido con la encartada a partir del 5 de enero de 1987, el cual finalizó sin justa causa el 8 de abril de 2016, desempeñando como último cargo el de Gerente de la Regional Norte con sede en la ciudad de Barranquilla.

Refirió que el despido fue precedido de una campaña de acoso laboral llevada a cabo por los directivos de la compañía, quienes tenían el propósito de hacerlo renunciar con la finalidad de evitar el pago de las cargas laborales resultantes a razón de aproximadamente 30 años de relación laboral.

Que a razón del acoso laboral padecido, resultó afectado en su salud física y psíquica, motivo por el cual estuvo incapacitado en los días que antecedieron a su despido y en el momento de producirse el mismo, más aún cuando había empezado a percibir sus vacaciones para así recuperar su estado de salud.

Refirió que la remuneración pactada consistía en un salario básico, comisiones y bonificaciones, todas con carácter salarial, siendo su último salario promedio reconocido por la empleadora en la suma de $13.831.784. Que la modalidad de remuneración fue la de salario integral, al cual se le agregaban comisiones por ventas, bonificaciones por cumplimiento de metas y un rodamiento para vehículo, conceptos que gozaban de connotación salarial para el efecto de una eventual liquidación final del trabajador.

Expuso que para el año 2014 la pasiva omitió el pago de comisiones y bonificaciones, devengando durante el último año de servicios a razón de comisiones no reconocidas la suma de $82.588.320, para un promedio mensual de $6.882.360, concluyendo entonces que su último salario promedio realmente devengado ascendió a un valor de $6.882.360.

De otra parte, adujo que la liquidación final de salarios e indemnizaciones no incluyó la totalidad de las comisiones por ventas, bonificaciones por cumplimiento de metas y rodamiento para el vehículo, manifestando a su vez que la decisión de despedirlo carece de toda racionalidad, como quiera que su comportamiento en todo momento fue impecable, tan es así que en algunas ocasiones se le felicitó por su labor.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La COMPAÑÍA GENERAL DE ACEROS S.A. contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contra, argumentando aceptar la relación

laboral existente con el demandante, la cual finalizó sin justa causa con el correspondiente pago indemnizatorio a favor del actor.

En lo que atañe al estado de salud alegado por el actor, refirió que en ningún momento acreditó recomendaciones médicas y no goza de calificación de pérdida de capacidad laboral y, en lo que respecta al pago salarial, expuso que el 1º de enero de 2009 se pactó que la remuneración para con el demandante sería de salario integral, el cual comprendía el valor remunerativo y el factor prestacional, adicional a que en el compromiso contractual quedó plenamente establecido que de conformidad con lo estatuido en el artículo 128 del C.S.T., todas las bonificaciones, auxilios, incentivos, recompensas, medios de transporte, alimentación, premios y demás beneficios extralegales que le fuesen reconocidos por mera liberalidad, no tendrían carácter salarial.

En todo caso, el demandante fue beneficiario de la política de incentivos por gestión comercial de directivos, la cual, acorde con la misma, causaban bonificaciones de mera liberalidad que le eran pagadas en la nómina como comisiones, las cuales por su naturaleza son salariales y fueron canceladas como tal cuando se causaron, acorde con lo establecido en la política interna.

Formuló como medios exceptivos los denominados cobro de lo no debido por inexistencia de la causa, cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación, inexistencia del fuero de salud y por ende de indemnizaciones o sanciones al respecto, prescripción, buena fe y compensación.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 13 de septiembre de 2022, declaró probadas las excepciones de cobro de lo no debido por inexistencia de la causa, cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación e inexistencia del fuero de salud y por ende de

indemnizaciones o sanciones al respecto, por lo que absolvió a la encartada de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra.

Para arribar a dicha conclusión, indicó la *a-quo* en primer lugar que, en la audiencia de que trata el artículo 77 del C.P.T. y de la S.S. llevada a cabo el 3 de septiembre de 2022, el demandante no compareció a la misma, de allí que al tenor del precepto normativo en comento y ante la ausencia injustificada, fue por lo que se presumieron por ciertos los hechos No. 1, 2, 3, 6, 9, 10, 11, 12 y 13 de la contestación de la demanda, los cuales gravitan en torno a la existencia del contrato de trabajo, modalidad, extremos, cargo, forma de finalización del mismo, el salario devengado respecto de todos los derechos laborales causados por el actor, así como que no se impetró queja alguna por acoso laboral ante la empresa sin tener calificación de pérdida de capacidad laboral de sus patologías y, ante las resultas de las excepción previa que formulara la *demandada de haberse dado a la demanda el trámite de un proceso distinto al que corresponde,* se excluyó del debate probatorio lo atinente a un presunto acoso laboral.

Adicionalmente, se tuvo por cierto los fundamentos y razones de derecho No. 1, 2, 3, 4 y 5, que relacionan que al demandante no se le adeuda suma alguna por concepto de comisiones, bonificaciones, ni concepto de rodamiento, que la terminación del contrato de trabajo se dio sin justa causa, como tampoco a un presunto estado de salud y que ningún trabajador de la compañía efectuó conductas de acoso laboral en los términos de que trata el artículo 2 de la Ley 1010 de 2006. Además, frente a las excepciones se tuvo como presuntamente cierta la relacionada con la inexistencia del fuero de salud alegado, por ende, las indemnizaciones o sanciones alegadas con tal situación.

Seguidamente, la operadora de instancia adujo que en aras de brindar un análisis del caso y atendiendo igualmente la consecuencia impuesta, efectuó un pronunciamiento sobre la terminación del contrato de trabajo ante la situación de una presunta discapacidad del demandante, con la finalidad de determinar si

al finiquito laboral era sujeto de la estabilidad laboral reforzada conforme a la protección contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, modificada por el artículo 37 del Decreto 019 de 2002, y determinar si hay lugar al reintegro para así auscultar si procede el mismo y demás pretensiones deprecadas en la demanda por el actor.

Por tal razón, arguyó que teniendo en cuenta los postulados emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, los destinatarios del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 no se limitan en cualquier padecimiento físico o sensorial, sino a aquellas personas que realmente tengan una discapacidad relevante, así como que, para la protección de esta garantía, no resulta suficiente que al momento de la finalización del contrato el trabajador padezca de quebrantos de salud, estar incurso en tratamiento médico o la concesión de incapacidades médicas, sino que debe acreditarse que al menos tuviese una limitación física, sensorial con el carácter de moderada, esto es, que implique un porcentaje de pérdida de capacidad laboral igual o superior al 15%.

Al unísono, concluyó entonces que de las probanzas analizadas en conjunto, al momento de la finalización del contrato de trabajo del aquí demandante no se tiene certeza sobre los padecimientos de salud o situaciones que ubiquen al actor como un sujeto de especial protección, siendo carga probatoria de éste acreditar dicha situación como así lo ha determinado el Órgano de cierre, sin que incluso las incapacidades padecidas al momento del finiquito den cuenta de una notoria mengua en su salud, máxime si con posterioridad al cierre del vínculo contractual el actor continuó realizando aportes en salud como cotizante dependiente, lo que significa que su vida laboral fue progresiva en el tiempo, reseñando también que a pesar de que se excluyó del debate probatorio lo concerniente al acoso laboral alegado, lo cierto es que tampoco yace prueba dentro del plenario situación alguna que así lo acredite; tan es así, que no se cuenta con una queja ante el empleador sobre lo pertinente, de allí que no se accediera a las súplicas de la indemnización en los términos del artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

En lo atinente a los reajustes de salarios y vacaciones por falta de inclusión de pagos efectuados por conceptos de ventas, bonificaciones por cumplimiento de metas y por rodamiento de vehículo durante los 3 últimos años de la relación laboral en la medida que dichos emolumentos gozaban de connotación salarial teniendo en cuenta el salario integral que percibía, mencionó la *a-quo* el precepto normativo de que tratan los artículos 127 y 128 del C.S.T. en lo que versa a los tópicos que constituyen salario y los que no, decidiendo que los pagos alegados por el actor en lo referente a bonificación por cumplimiento de metas y el concepto de rodamiento no pueden entenderse como constitutivos de salario, más aún cuando en el asunto de marras se evidencia una comunicación de la empleadora para con el trabajador a razón de cancelación de bonificaciones por mera liberalidad, la cual no fue otra diferente a un reconocimiento y estimulo, lo cual en gracia de discusión se acreditó que fue pactada por las partes como factor carente de salario según se advierte del Otrosí al contrato de trabajo a término indefinido que suscribieran, sumado a que es el mismo ordenamiento jurídico el que establece la falta de incidencia salarial de estos conceptos.

Además de ello, indicó que teniendo en cuenta la prueba de carácter testimonial recaudada, las bonificaciones no se causaban con ocasión de las ventas que se realizaran o servicios que se prestaran, sino que las mismas tenían una serie de incentivos o variables que dependía muchas veces de lo que se vendiera a nivel regional y nacional y que incluso no se pagaban de forma continua.
En cuanto al rodamiento de vehículo, mencionó que se acreditó que este tipo de vehículos eran exclusivamente de los gerentes en aras de atender el gasto que se pudiese presentar para gasolina, taxis, entre otros, siendo esencial para el desempeño de su trabajo, por lo que no podía constituirse como factor salarial al actor este concepto como consecuencia del cargo que ostentaba.

Seguidamente, expuso que en lo que atañe a las comisiones, el demandante no probó cuáles debían ser objeto de pago según postulados emanados por la Sala

de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, adicional a que, la demandada acreditó medios de convicción que advierten su pago.

Adujo que, al no proceder la reliquidación de salarios y acreencias laborales, no es procedente el pago de la indemnización por despido sin justa causa, ni mucho menos la indemnización moratoria.

Por último, en cuanto al pago de perjuicios materiales y morales, definió no existir condena, en tanto, del material probatorio ni siquiera se verificaron cuáles fueron los presuntos perjuicios de los que alude fue objeto el demandante, como tampoco fueron probados.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandante la apeló. Argumentó en su alzada que se encuentra plenamente demostrada la omisión del pago de comisiones con carácter salarial por parte de la demandada, por lo que debe condenársele sobre este aspecto, lo que conlleva a su vez al pago de las indemnizaciones por despido injusto y moratoria contempladas en los artículos 64 y 65 del C.S.T.

También arguyó la configuración de la estabilidad laboral reforzada como quiera que venía de una incapacidad médica, que, si bien terminó el día anterior al despido, no pudo ser prorrogada puesto de la demandada no le dio tiempo para lo pertinente, pues la carta de despido le fue comunicada encontrándose en periodo de vacaciones y a sabiendas que se encontraba en proceso de recuperación a razón del delicado estado de salud que presentaba.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales en legal forma y sin existir causal de nulidad que invalide lo actuado, teniendo en cuenta el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y por metodología para su resolución en esta instancia, la Sala auscultará en primer lugar si el aquí demandante señor ADRIANO JESÚS CUERVO MORENO es beneficiario de la garantía de la estabilidad laboral reforzada dispuesta en la Ley 361 de 1997.

En segundo lugar, se determinará si el pago de las comisiones por ventas perseguidas por el demandante es constitutivo de factor salarial durante los últimos tres años de la relación laboral, sin que se realice abordaje alguno frente al estudio de las denominadas bonificaciones y rodamiento de vehículo, en la medida que estos dos últimos dos factores no fueron refutados en la alzada, ello en atención del principio de consonancia contemplado en el artículo 66A del C.P.T. y de la S.S.

De salir avante lo anterior, la Sala se adentrará al estudio de la reliquidación de salarios y demás acreencias laborales, junto con el pago de las indemnizaciones por despido sin justa causa y moratoria ante el no pago oportuno de la totalidad de salarios y prestaciones sociales de que tratan los artículos 64 y 65 del C.S.T.

c. Del caso en concreto:

Previo al abordaje de los planteamientos jurídicos expuestos en precedencia, sea lo primero indicar que no fue objeto de reproche que entre el aquí demandante señor ADRIANO JESÚS CUERVO MORENO y la demandada COMPAÑÍA GENERAL DE ACERO S.A. existió un contrato de trabajo a término indefinido por el periodo

comprendido entre el 5 de enero de 1987 y el 8 de abril de 2016, el cual, mediante otrosí suscrito el 1º de enero de 2009 se pactó que el actor gozaría de salario integral a partir de la misma calenda, vínculo contractual donde además el demandante desempeñó el cargo de Gerente de Unidad Económica de Negocio, prueba de ello lo son la copia del contrato de trabajo, el Otrosí al misma y la certificación expedida por la encartada el 8 de abril de 2016 (Fls. 11 a 12, 13 a 14 y 15 – PDF 04 ANEXOS DEMANDA, fls. 21 a 22 y 37 a 38 – PDF 09 CONTESTACIÓN DEMANDA).

Tampoco el hecho que el finiquito laboral sucedió sin justa causa por parte de la demandada como da cuenta la carta de terminación calendada el 8 de abril de 2016 (Fls. 31 – PDF 09 CONTESTACIÓN DEMANDA).

d. De la estabilidad laboral dispuesta en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997:

En torno al problema jurídico planteado, se advierte que según lo expuesto por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL882-2022, Radicación No. 88057 de 22 de marzo de 2022, la garantía establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, debe ser entendida en forma sistemática, en tanto su fin es proteger la estabilidad laboral frente a comportamientos discriminatorios del empleador, fundados en deficiencias físicas, sensoriales o mentales, así:

> *"[…] la Sala debe recordar la tesis sostenida por esta corporación en torno a la protección legal y constitucional de dichas personas, conforme al artículo 26 de la Ley 361 de 1997.*
>
> *"La Corte ha sostenido que el origen de la protección especial que se depara a las personas en situación de discapacidad se encuentra en el artículo 13 de la Constitución Política. Esta norma superior, tras declarar que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, precisa que el Estado «promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados» y que, en función de ello, «protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición*

económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan» (CSJ SL4412-2021).

"Sobre ese sustrato constitucional, esta corporación le ha dado un entendimiento al artículo 26 de la Ley 361 de 1997. Así, en repetidas oportunidades, entre otras, en las sentencias CSJ SL6850-2016; CSJ SL11411-2017, CSJ SL3772-2018, CSJ SL711-2021 y CSJ SL582-2022, la Corte ha orientado que la protección de la estabilidad laboral reforzada por condiciones de salud constituye un límite especial a la libertad de despido unilateral con que cuentan los empleadores. Su fundamento abarca, además de la norma constitucional ya indicada, otras del mismo orden que propenden por la conservación del empleo y por la prohibición de la discriminación en razón de la existencia de cualquier limitación física o sensorial.

"En efecto, en la última providencia indicada, la Sala recordó el análisis de las normas que regulan el denominado principio de estabilidad laboral reforzada de las personas en situación de discapacidad, señalando que el mismo tiene por venero:

"[…] diversos artículos [de la norma superior]. Por ejemplo, el 13, en tanto prevé que el Estado debe promover las condiciones para que el mandato de igualdad sea real y efectivo, particularmente tratándose de aquellas personas que por razones económicas, físicas o mentales se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta; el 47 y 54, que establecen el deber de crear e implementar una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, así como de ofrecer formación profesional y técnica a quienes lo requieran, y garantizar a las personas en situación de discapacidad el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud; el mismo artículo 53 sobre el estatuto del trabajo, el cual, dentro de sus principios debe incluir igualdad de oportunidades para los trabajadores, estabilidad en el empleo, primacía de la realidad sobre las formalidades, garantía a la seguridad social, capacitación; el 95, que dispone el deber de solidaridad con dichas personas, y por último, el artículo 366, que establece, el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado, haciendo énfasis en que la educación de las personas con limitaciones físicas o mentales, o con capacidades excepcionales, son obligaciones especiales del Estado.

"Y añadió, que tales preceptos, además,

"[…] se articulan con normas de carácter internacional que hacen parte del bloque de constitucionalidad, tales como: la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948; la Convención Interamericana para la

Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (aprobado por la Ley 762 de 2002); el Convenio 159 de la OIT sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas (incorporado mediante la Ley 82 de 1988), y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (aprobado por la Ley 1346 de 2009).

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

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

"En ese contexto, en relación con la garantía del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, la Sala tiene adoctrinado que su lectura debe ser sistemática, en tanto acuda a las demás fuentes jurídicas de protección a la discapacidad y, sobre todo, con su finalidad y los bienes jurídicos que busca proteger, que no son otros que la no discriminación en el empleo o, en otras palabras, la salvaguarda de la estabilidad laboral frente a comportamientos discriminatorios del empleador, fundados en deficiencias físicas, sensoriales o mentales (CSJ SL1360-2018).

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

internacional, para el mundo del trabajo, se encuentra en el C159 y las recomendaciones 99 y 168 de la OIT». Por ello, en perspectiva de la jurisprudencia constitucional (CC C531-2000) y laboral:

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

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

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

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

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

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

"En adición al argumento también se ha puesto de presente que, en principio, tales afectaciones son atendidas por el sistema de salud bajo las incapacidades temporales, que precisamente buscan su restablecimiento; no

obstante, esta figura no comporta per se una situación que genere el amparo, pues como se tiene sentado por esta sala, ***que no toda afección de salud es merecedora de la protección foral, solo aquella relevante****; esto, bajo el convencimiento de la importancia de no desdibujar la finalidad de la garantía instituida por el legislador.*

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

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

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

Puestas así las cosas, al tenor de los preceptos jurisprudenciales esbozados, en el asunto de marras y, como lo determinó la falladora de primer grado, el demandante no logró demostrar la configuración de alguna limitación física, psíquica o sensorial con el carácter de moderada dentro del asunto de marras en lo que atañe a la afectación en la salud pregonada, ni mucho menos una pérdida relevante de capacidad laboral, pues nótese que en el caudal probatorio acreditado al plenario, especialmente el documental, lo único que se allegó fueron cuatro incapacidades catalogadas como de enfermedad general por los periodos comprendidos entre el 17 y 18 de marzo, 29 y 31 de marzo, 1º y 2 de abril y 5 y 7, todas de la anualidad 2016 y que no fueron desconocidas por la demandada como así lo confesó el Representante Legal en el interrogatorio de parte surtido

(Fls. 18 a 21 – PDF 04 ANEXOS DEMANDA), las cuales no reflejan algún aspecto trascendental que conduzcan a advertir a la Sala la constitución de alguna afectación notoria en decadencia de su salud, como tampoco se evidenció prueba sumaria que tan siquiera demostrase que con anterioridad a las mentadas incapacidades, el señor ADRIANO DE JESÚS CUERVO MORENO hubiese estado en algún tratamiento o vejámenes frecuentes de algún padecimiento frecuente en su integridad, ni mucho menos que el empleador conociera de una situación similar.

Por lo anterior, palmario resulta para este cuerpo Colegiado la falta de acreditación de pruebas suficientes que presumieran la aceleración la aceleración de la estabilidad laboral reforzada en los términos preceptuados en la Ley 361 de 1997.

Ahora bien, pertinente resulta también poner de presente que, si bien el actor se encontraba incapacitado un día antes a la finalización de su contrato de trabajo sin justa causa, esto es, el 7 de abril de 2016, tal tópico no puede entenderse como una justificación para la configuración de la estabilidad reforzada por salud, pues nótese que bajo el entendimiento esbozado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las incapacidades de carácter temporal lo que buscan es el restablecimiento de la salud, sin que con ellas pueda entenderse una protección foral, sino solo aquella afectación en salud de orden relevante, más aún si como ya se expuso, nada yace en el plenario de padecimientos certeros en la salud del señor ADRIANO JESÚS CUERVO MORENO; circunstancia por la cual, habrá de confirmarse la absolución sobre este puntualísimo aspecto.

e. De las comisiones alegadas como factor constitutivo de salario:

Como ya se precisó, el demandante persigue la reliquidación salarial a razón de un pago de comisión como factor constitutivo de salario, las cuales persigue durante los últimos tres años de la relación laboral.

En lo concerniente al verdadero origen de los pagos por fuera del salario y sus efectos, se tiene que el artículo 127 del CST establece que constituye salario no solo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentaje sobre ventas y comisiones.

A su vez, el artículo 128 del CST establece que no constituye salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador por concepto de prima, de bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria, así como lo que reciba en especie no para su beneficio, sino para el desempeño de sus funciones, como gastos de representación, medio de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. También se contempla que los beneficios extralegales, aunque siendo habituales, las partes en forma expresa pactan que no constituye salario, serán excluidos.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL5159-2018, Radicación No. 68303 del 14 de noviembre de 2018, señaló:

> *"CRITERIOS PARA DELIMITAR EL SALARIO*
>
> *"Atrás se explicó que es salario toda ventaja patrimonial que recibe el trabajador como consecuencia del servicio prestado u ofrecido. Es decir, todo lo que retribuya su trabajo. Por tanto, no son salario las sumas que entrega el empleador por causa distinta a la puesta a disposición de la capacidad de trabajo. De esta forma, no son tal, (i) las sumas recibidas por el trabajador en dinero o en especie, no para su beneficio personal o enriquecer su patrimonio sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, tales como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes; (ii) las prestaciones sociales; (iii) el subsidio familiar, las indemnizaciones, los viáticos accidentales y permanentes, estos últimos en la parte destinada al transporte y representación; (iv) las sumas ocasionales y*

entregadas por mera liberalidad del empleador que, desde luego, no oculten o disimulen un propósito retributivo del trabajo.

"Aunque esta Corporación en algunas oportunidades se ha apoyado en criterios auxiliares tales como la habitualidad del pago (CSJ SL1798-2018) o la proporcionalidad respecto al total de los ingresos (CSJ SL, 27 nov. 2012, rad. 42277), debe entenderse que estas referencias son contingentes y, en últimas, han sido utilizadas para descifrar la naturaleza retributiva de un emolumento. Quiere decir lo anterior, ***que el criterio conclusivo o de cierre de si un pago es o no salario, consiste en determinar si su entrega tiene como causa el trabajo prestado u ofrecido.*** *De otra forma: si esa ventaja patrimonial se ha recibido como contraprestación o retribución del trabajo.*

"[…]

"LOS DENOMINADOS PACTOS NO SALARIALES

"El artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo otorga la facultad a las partes de acordar que ciertos beneficios o auxilios no posean carácter salarial, «tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad».

"La jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido, de modo insistente, en que esa posibilidad no es una autorización para que los interlocutores sociales resten incidencia salarial a los pagos retributivos del servicio, en tanto que «la ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, deje de serlo» (CSJ SL, 13 jun. 2012, rad. 39475 y CSJ SL12220-2017).

"Si, con arreglo al artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, es salario «todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte», sumado a que el derecho del trabajo, es por definición, un universo de realidades (art. 53 CP), no podrían las partes, a través de acuerdo, contrariar la naturaleza de las cosas o disponer que deje de ser salario algo que por esencia lo es. Así, independientemente de la forma, denominación (auxilio, beneficio, ayuda, etc.) o instrumento jurídico que se utilice, si un pago se dirige a retribuir el trabajo prestado, es salario.

"[…] Por lo tanto, no es correcto afirmar que se puede desalarizar o despojar del valor de salario a un pago que tiene esa naturaleza, sino, más bien, anticiparse a precisar que un pago esencialmente no retributivo, en definitiva no es salario por decisión de las partes.

"[…]

"LAS CARGAS PROBATORIAS DE LA EMPRESA

"Por último, esta Corte ha insistido en que por regla general los ingresos que reciben los trabajadores son salario, a menos que el empleador demuestre su destinación específica, es decir, que su entrega obedece a una causa distinta a la prestación del servicio. Lo anterior, hace justicia al hecho de que el empresario es el dueño de la información y quien diseña los planes de beneficios, de allí que se encuentre en una mejor posición probatoria para acreditar la destinación específica de los beneficios no salariales, como podría ser cubrir una contingencia, satisfacer una necesidad particular del empleado, facilitar sus funciones o elevar su calidad de vida.

En tal sentido, claro es el precepto normativo a voces del artículo 127 del C.S.T. en precisar que constituye factor salarial el pago de comisiones como las aquí alegadas por el demandante y, que por demás, según se aprecia con las pruebas documentales allegadas por la demandada, fue aportado lo concerniente a organigramas de la compañía que demuestran sin dubitación alguna la constitución de las mismas como pago constitutivo de salario, como lo fue Esquema de Comisiones Comerciales – Tercer Trimestre de 2013 y el Modelos de Comisiones Comerciales de la anualidad 2014 (Fls. 99 a 131 – PDF 09 CONTESTACIÓN DEMANDA), que dan cuenta su concepción en términos generales para el empleo desarrollado por el demandante, esto es, el de Gerente Unidad Económica de Negocio.

A pesar de lo anterior, el demandante atendiendo la carga probatoria que le asistía para demostrar las comisiones adeudadas al tenor de lo consagrado en el artículo 167 del C.G.P., aplicable por remisión analógica a la especialidad laboral según disposición del artículo 145 del Estatuto Procesal del Trabajo, no logró soportar situación alguna pendiente para pago, como quiera que, si bien acreditó certificación que expidiera la encartada sobre las comisiones percibidas entre el 15 de abril de 2013 y el 15 de abril de 2016 que generaron un valor neto a pagar en la suma de $10.950.00, lo cierto es que la demandada junto con su contestación de demanda allegó copia de la liquidación de prestaciones sociales y que refleja un pago respecto de este valor (Fls.16 a 17 – PDF 04 ANEXOS DEMANDA y fls.

132 a 134 – PDF 09 CONTESTACIÓN DEMANDA); adicional al hecho que el actor en su petitum no llevó a cabo una discriminación detallada sobre cuáles eran las comisiones o ventas susceptibles de falta de cancelación, pues ni siquiera los testimonios practicados a favor del demandante detallaron tal situación.

Lo anterior se acompasa con el hecho de que al demandante en la audiencia de que trata el artículo 77 del C.P.T. y de la S.S., ante su falta de comparecencia, le fueron aplicadas las consecuencias predicadas en el numeral 1º de dicho precepto normativo, es decir, presumir como ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en la contestación de demanda, siendo para este punto los hechos 1 y 6 que gravitan en torno a que al demandante le fueron cancelados todos los derechos laborales realmente devengados, inclusive las comisiones, aspectos todos que conllevan a confirmar la absolución de esta súplica.

Por tal razón, no hay lugar a que la Sala se adentre al análisis de las indemnizaciones por despido sin justa y moratoria ante la falta de pago total de salarios y acreencias laborales en los términos de los artículos 64 y 65 del C.S.T., toda vez que no hubo lugar a ninguna reliquidación, poniendo de presente que en tratándose de la indemnización por despido sin justa causa, la misma fue cancelada por la encartada a razón de $492.091.726, situaciones todas que conducen a que la sentencia de primera instancia sea confirmada en su integridad.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte recurrente.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el el 22 de septiembre de 2022 por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada. Se fija como agencias en derecho la suma de $1.000.000.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral:	1100131050 **07 2020 00206 01**
Demandante:	CLARA MARÍA GONZÁLEZ ZABALA
Demandados:	COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

AUTO:

Se reconoce personería jurídica para actuar en representación de COLPENSIONES a la abogada AMANDA LUCÍA ZAMUDIO VELA, identificada con cédula de ciudadanía 51.713.048 y T.P. 67.612 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., en contra de la sentencia proferida el 6 de marzo de 2023 por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora CLARA MARÍA GONZÁLEZ ZABALA promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A., a fin que se declare la ineficacia de la afiliación que realizó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., y en consecuencia, se declare que se encuentra válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida que administra COLPENSIONES, y se declare que tiene derecho a que esa entidad le reconozca la pensión de vejez, conforme lo reglado en el artículo 33 de le Ley 100 de 1993, junto con los intereses moratorio de que trata el artículo 141 del mismo compendio normativo.

Como consecuencia de tales declaraciones, solicita se condene a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES la totalidad del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos; y registre en sus bases de datos que su afiliación en ese régimen es ineficaz, asimismo, se condene a COLPENSIONES a registrarla como afiliada en el régimen que administra, y además se condene a dicha encartada a reconocer y pagar la pensión de vejez, junto con los interese moratorios, más lo que resulte probado uso de las facultades *ultra* y *extra petita*.

De manera subsidiaria, elevó las mismas pretensiones principales, empero, cimentadas en la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 11 de mayo de 1962, y se afilió al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES el 16 de diciembre de 1985, agregando que el 1º de noviembre de 1994 por un error de hecho propiciado por COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., diligenció el formulario de vinculación a esa administradora, estando al servicio del empleador Universidad Sergio Arboleda.

Acorde con lo anterior, precisó que dicho error se dio en razón que para la misma calenda en que suscribió ese formulario estaba laborando para el Senado de la República, por tanto, efectuaba cotizaciones a pensión a FONPRECOM el cual pertenece al régimen de prima media. Bajo ese entendido, no debió ser afiliada al RAIS, sino al ISS. Seguidamente, indicó que en abril de 2011 se afilio a

HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A. en donde permanece afiliada hasta la actualidad.

Sostuvo que PROTECCIÓN S.A. no le informó sobre las ventajas y desventajas de ese régimen, y que en sí las administradoras de pensiones del RAIS omitieron brindar información clara, completa y comprensible frente a las consecuencias de afiliarse a ese régimen y dejar de pertenecer al RPMPD, atentando así contra su derecho de libre elección de régimen pensional, concluyendo que su afiliación al RAIS no fue libre y voluntaria dado que su consentimiento estuvo viciado, en tanto, no brindaron la información necesaria para tomar la mejor decisión, por ende, la afiliación a los fondos privados son nulas e ineficaces. Por último, relató que a la presentación de la demanda cursa demanda de casación bajo el número 11001310502920140061401, en el que existe identidad de partes, más no de hechos y pretensiones. (folios 2 a 15 archivo 05).

Mediante proveído adiado el 13 de marzo de 2020, la Juez Sexta Laboral del Circuito de Bogotá, se declaró impedida para conocer el presente asunto, remitiendo las diligencias al Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, el cual, por auto de 25 de febrero de 2021, aceptó el impedimento formulado y avocó conocimiento de las diligencias, admitiendo la demanda por auto de 1º de junio de 2021. (folio 129 archivo 01, folio 1 archivo 06 y archivo 10).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PORVENIR S.A. al contestar la demanda se opuso a las pretensiones del libelo introductorio. Sobre el asunto indicó que el traslado de régimen que efectuó la actora a ese fondo fue producto de una decisión libre, espontánea y sin presiones o engaños, después de haber sido amplia y oportunamente sobre el funcionamiento del RAIS y de sus condiciones pensionales, lo cual se colige del formulario de vinculación. Además, dijo que garantizó el derecho de retracto y la posibilidad de trasladarse de régimen al actor, aunado a que el vicio del consentimiento deriva en una nulidad relativa susceptible de saneamiento mediante ratificación, la cual no se probó en el presente asunto.

Como excepciones de mérito formuló las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica. (folios 1 a 41 archivo 11).

COLPENSIONES contestó con oposición a las pretensiones elevadas en la demanda, argumentando que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error por falta al deber de información por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento, como tampoco se evidencia inconformidad alguna por parte de la demandante, al contrario, de las documentales obrantes en el plenario se advierte que se encuentran sujetas a derecho, sin que de las mismas se desprenda constreñimiento alguno. De otro lado, adujo que la gestora no se cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010 y está inmersa en la prohibición legal dispuesta en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003.

Propuso como medios exceptivos los que denominó como errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradora de seguridad social del orden público, inexistencia del derecho al reconocimiento de la pensión por parte de COLPENSIONES, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria y la innominada o genérica.

De otra parte, formuló como excepciones previas las de falta de jurisdicción y pleito pendiente entre las mismas partes y sobre el mismo asunto. Las cuales fueron resueltas en audiencia de 5 de mayo de 2022, en la que se indicó respecto de la primera, que de acuerdo a las pretensiones de la demanda y que las ultimas cotizaciones de la actora son como independiente, esta jurisdicción es competente para conocer el asunto.

En cuanto a la de pleito pendiente, dijo que según sentencia SL3989-2021 de 9 de agosto de 2021, el Alto Tribunal de cierre de esta especialidad no casó la sentencia proferida por esta Corporación dentro del proceso que cursó en el Juzgado Veintinueve laboral del Circuito de esta ciudad, advirtiendo que, si bien en ese proceso se solicitó la nulidad de la afiliación por parte de la demandante, o fue con ocasión de una multiafiliación, determinándose que no existió tal situación y que se encontraba válidamente afiliada al RAIS, por el contrario, lo

que aquí se debate es la ineficacia del traslado de régimen de la actora por falta al deber de información. Luego, declaró no probados dichos medios exceptivos, decisión frente a la cual las partes no manifestaron inconformidad alguna. (folios 1 a 49 archivo 12 y archivos 41 y 42).

En su intervención, el MINISTERIO PÚBLICO señaló que en el evento que las administradoras de pensiones demandadas no demostraran en el trámite procesal el otorgamiento de una asesoría que haya permitido a la activa realizar una elección libre, voluntaria e informada del régimen al cual quería pertenecer, se deben conceder las pretensiones de la demanda, en caso contrario, si se logra el convencimiento necesario sobre la existencia de la mencionada asesoría, se nieguen las mismas. (archivo 19).

PROTECCIÓN S.A. se opuso a las pretensiones del *petitum*, argumentado que se está frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, observándose del formulario de vinculación que suscribió la promotora, que dicho acto se realizó en forma libre y espontánea, acto que tiene la naturaleza de un verdadero contrato, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza del Fondo como de la afiliada, manifestación de voluntad que estuvo libre de presión y engaños, desvirtuándose cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento, lo que constituye una manifestación inequívoca de trasladarse a ese fondo.

Enlistó como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, la innominada o genérica, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y traslado de la totalidad de los aportes a PORVENIR. (folios 4 a 27 archivo 22).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El JUZGADO SÉPTIMO LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ en sentencia proferida el 6 de marzo de 2023, resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación realizada por la señora demandante a la AFP COLMENA hoy PROTECCION el 10 de octubre de 1994 contenida en el formulario No. 1010057813 y con la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR el 8 de abril de 2011 contenida en el formulario No. 0577109.*
>
> *SEGUNDO: ORDENAR a PORVENIR SA a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la que es titular la señora CLARA MARÍA GONZÁLEZ ZABALA, dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.*
>
> *TERCERO: ORDENAR a PROTECCIÓN y PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES, todos los descuentos realizados de los aportes pensionales de la demandante desde 1994, fecha de la afiliación a COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., tales como, el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, para lo cual se le concede a los fondos demandados el termino de treinta (30) días, contados a partir del auto de obedecimiento al Superior, deberán presentar un informe debidamente discriminadamente con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes a devolver, descuentos objeto de devolución, su indexación y demás información relevante que los justifiquen y que prevengan controversias posteriores a la ejecutoria de esta sentencia.*
>
> *CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES a recibir a la demandante sin solución de continuidad como afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida al demandante desde su afiliación inicial al ISS en 1985.*
>
> *QUINTO: Declarar NO PROBADAS las excepciones presentadas por COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.*
>
> *SEXTO: SE CONDENA en costas a los fondos demandados y a favor del demandante. Las agencias en derecho se tasan en la suma de 2 SMMLV, al momento del pago, a cargo de cada uno de los fondos.*
>
> *SÉPTIMO: Ordenar el grado jurisdiccional de consulta ante el Superior a favor de Colpensiones."*

Para arribar a dicha conclusión, el *a-quo* memoró que la jurisprudencia emanada por el órgano de cierre de esta especialidad, ha precisado que desde la expedición de la Ley 100 de 1993 y los Decretos 663 de 1993 y 656 de 1994, ha existido el deber de información en cabeza de las AFP, lo que igualmente encuentra sustento en el artículo 1600 del C.C. Seguidamente, adujo que en las sentencias SL-1452 y

SL-1688 de 2019 se había aclarado y sintetizado la evolución normativa de dicho deber, el cual se condensa en tres etapas a saber, siendo la primera el deber de información aplicable al caso de la gestora, toda vez que su traslado de régimen pensional se realizó en 1994, ello en consonancia con lo reglado en el literal b) del artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, al igual que el artículo 97 numeral 1º del Decreto 663 de 1993.

Luego, el alcance de ese deber de información consistía en ilustrar las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, obligación que recaía en cabeza de fondo privado, situación que debía acreditarse dentro de este proceso, posteriormente se introdujo el deber de asesoría y buen consejo con la Ley 1328 de 2009, el Decreto 2241 de 2010 y finalmente el de doble asesoría con la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015.

En esa medida, expuso que de las pruebas arrimadas al plenario no se acreditó que PROTECCIÓN S.A. antes COLMENA, al momento de vincular a la demandante le hubiese suministrado la información veraz, clara, comprensible y detallada respecto a las consecuencias que conllevaría en su futuro pensional la decisión de trasladarse a un fondo privado, lo que constituye una falta al deber de información en los términos ya relacionados, lo cual no se prueba con la suscripción del formulario de afiliación, tornándose ineficaz la vinculación y el traslado que realizo la gestora el 10 de octubre de 1994 a la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., al igual que el traslado horizontal que efectuó a HORIZONTE posteriormente, lo que igualmente conlleva a la devolución de las sumas producto de dicho retorno.

Por último, señaló que en el *sub examine* no existía cosa Juzgada, dado que el proceso que cursó en el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de esta ciudad, y que llegó hasta casación, lo que resolvió fue una multivinculación y no la ineficacia del traslado por falta al deber de información, que es lo aquí debatido. Declaro no probada la excepción de prescripción y condenó en costas a las demandadas.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión, COLPENSIONES la apeló. Al respecto, refirió que en el presente proceso no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento y que el error de derecho no tiene la entidad suficiente para repercutir sobre el acto de traslado. Además, existe una indebida interpretación del artículo 1604 del C.C., ya que se impone la carga de la prueba en cabeza del RAIS, convirtiéndola en objetiva. De otra parte, señaló que existen obligaciones a cargo de los afiliados al Sistema General de Pensiones, entre las cuales se encuentra la de informarse sobre las condiciones del sistema, luego, el silencio en el transcurso del tiempo hace que se entienda que la demandante es consciente de su permanencia en el RAIS, máxime cuando esta Corporación ha dicho que en estos casos no puede alegarse un perjuicio económico.

Agregó que la decisión de instancia vulnera el principio de la Sostenibilidad Financiera de ese régimen, ya que pone en peligro los derechos fundamentales a la seguridad social de los demás afiliados. Igualmente, solicita se le absuelva de la condena en costas, pues va en contravía del inciso 4º del artículo 48 de la Constitución Política, más aún cuando se trata de un tercero de buena fe, por ende, solicita se revoque en su integridad la sentencia de primer grado.

PORVENIR S.A. en su alzada solicita se revoque el numeral tercero de la sentencia de primer grado, aduciendo que el artículo 113 de la Ley 100 de 1993, señala cuales son los dineros que deben ser trasladados cuando se lleva a cabo un cambio de régimen pensional, lo que impide ordenar la devolución de sumas diferentes a las señaladas en la ley, pues de otro modo, se estaría configurando un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES y en detrimento de ese fondo, al ordenar la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales.

Además, existe una línea jurisprudencial sobre la ineficacia del traslado por falta al deber de información, solo es aplicable de manera diferenciada y verificando las particularidades de cada caso, ello teniendo en cuenta la profesión de la actora, lo cual no la exime de sus obligaciones que tenía como afiliada al sistema de pensiones. También solicita no se ordene la indexación de las condenas conforme de dijo en la sentencia de instancia, pues se están retornando los rendimientos financieros, los cuales incluyen los frutos e interese que se

obtuvieron con los dineros recibidos por la AFP, sin que pueda asumir la omisión de PROTECCIÓN, por lo que solicita se dé lugar a las restituciones mutuas.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

Previo a avanzar con el estudio del caso, debe precisar la Sala que en presente asunto, tal como lo evidenció el *a quo*, no existe cosa juzgada o pleito pendiente, pues conforme se determinó en el proceso que cursó en el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá con el radicado No. 29 2014 00614 00, que finalizó con sentencia SL3989-2021 de 9 de agosto de 2021, emitida por el órgano de cierre de esta jurisdicción que no casó la sentencia proferida por esta Corporación, se observa que, si bien en ese proceso la activa solicitó la nulidad de la afiliación con ocasión de una multiafiliación, determinándose que se encontraba válidamente afiliada al RAIS, la controversia que concita la atención de las partes en esta ocasión, alude a la ineficacia del traslado de régimen de la actora por falta al deber de información. (folios 51 a 96 archivo 22).

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

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

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

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

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

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

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

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

> *"[…] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición,*

tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante".

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que efectuó la actora el 10 de octubre de 1994 con COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., además, se allegó el formulario de afiliación a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. adiado el 8 de abril de 2011, vinculaciones que se hicieron efectivas a partir del 1º de noviembre de 1994 y el 1º de junio de 2011, como se observa de la certificación del SIAFP (folios 49 y 50 archivo 22 y folios 89 y 91 archivo 11).

Formularios que si bien refieren que la decisión se adoptó de manera libre y voluntaria, no acreditan que en efecto se haya suministrado la información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes

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

Adicionalmente, se recibió el interrogatorio de parte de la demandante CLARA MARÍA GONZÁLEZ ZABALA, la cual indicó que estuvo afiliada al ISS y a FONPRECOM, que posteriormente en el año 1994 se trasladó a COLMENA y en 2011 a HORIZONTE hoy PORVENIR. Frente al traslado a COLMENA dijo que en 1994 se encontraba prestando sus servicios como docente a la Universidad Sergio Arboleda, cuando se empezó a comentar que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES sería liquidado y que existía un riesgo frente a las pensiones, por lo que al recibir la visita de la asesora de COLMENA se trasladó de régimen, añadiendo que dicha asesora fue quien diligenció el formulario de afiliación y que no le explicó las diferencias respecto de la pensión que obtendría en ambos regímenes pensionales. Frente a su traslado a HORIZONTE en 2011, adujo que surgió a razón de que en ese fondo tiene todos sus productos financieros, empero, tampoco le brindó más información, agregó que no tiene conocimiento sobre temas pensionales.

La Representante Legal de PROTECCIÓN S.A., dijo que para el año 1994 el formulario de afiliación era el único documento que se exigía para llevar a cabo el traslado de régimen, el cual da cuenta de la información que brindó.

De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna de parte de la gestora sobre el pleno suministro de una debida información, luego, no obra prueba alguna que advierta una debida información de COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. al momento del traslado del demandante, según lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, siendo evidente la carencia probatoria de esa encartada para soportar la inversión de la carga de la prueba que le asiste, lo que guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

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

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

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

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

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración, respecto a los cuales PORVENIR S.A. hace alusión en su alzada, cumple memorar que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló al respecto:

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

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

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

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los

gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión.

Respecto a la posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera al declararse la ineficacia del traslado, al que alude COLPENSIONES en la alzada, se hace imperioso traer a colación lo señalado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, en la que indicó sobre el particular:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De ese modo, luce acertada la decisión del juez de primer grado de ordenar la indexación de los conceptos a los cuales se hizo alusión en la sentencia de primera instancia. Por último, debe precisar esta Corporación que si bien en el libelo introductorio se solicitó la pensión de vejez, junto con los intereses moratorios, frente a lo cual el Juez de instancia no emitió pronunciamiento alguno, no puede obviarse que la parte interesada no efectuó manifestación alguna, por lo que al estudiase el asunto en grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, no se ahondará en tal aspecto, lo que no obsta para que la actora cuando se concrete su retorna al régimen de prima media, eleve a dicha entidad tal pedimento.

Corolario de lo anterior, se confirmará en su integridad la sentencia de primer grado. **COSTAS** en esta instancia a cargo de las recurrentes.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá el 6 de marzo de 2023, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes COLPENSIONES y PORVENIR S.A. Se fijan como agencias en derecho la suma de $500.000 a cargo

de cada una y a favor de la parte actora, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ

Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral:	1100131050 **07 2021 00533 01**
Demandante:	EDGAR FERNANDO PINILLA CASTELBLANCO
Demandados:	COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

AUTO:

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada COLPENSIONES en contra de la sentencia proferida el 27 de febrero de 2023 por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor EDGAR FERNANDO PINILLA CASTELBLANCO promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., a fin de que

se declare la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A. en junio de 2006 por omisión en el deber de información.

Como consecuencia de tal declaración, solicita se condene a PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido, tales como, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, rendimientos y los gastos de administración; además se ordene a COLPENSIONES lo reciba como afiliado en el régimen que administra, y se emitan condenas en uso de las facultades *ultra* y *extra petita*, más las costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 7 de julio de 1962 y que estuvo afiliado al INSTITUTO DEL SEGURO SOCIAL del 17 de febrero de 1982 al 30 de junio de 2006, donde alcanzó 994.57 semanas. De otra parte expuso que, en junio de 2006, se trasladó de régimen, después de que los asesores de SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A., le ofrecieran beneficios superiores a los que obtendría en el régimen de prima media al momento de pensionarse, sin informarle el capital que debía acumular tal afecto, o que sus aportes serian invertidos, tampoco le explicaron las características de ambos regímenes pensionales ni le realizaron una proyección de su mesada.

Agregó que radico petición ante las encartadas el 9 de julio de 2021, solicitando la ineficacia de su traslado de régimen y su retorno al régimen de prima media con prestación definida, pedimento de fue negado por las entidades. Igualmente, señaló que PROTECCIÓN S.A. realizó una simulación pensional en la que se evidencia que su mesada sería inferior en ese régimen, a la que obtendría en COLPENSIONES. (archivo 01).

Mediante proveído adiado el 22 de noviembre de 2021, la Juez Sexta Laboral del Circuito de Bogotá, se declaró impedida para conocer el presente asunto, remitiendo las diligencias al Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, el cual, por auto de 13 de diciembre de 2021, aceptó el impedimento formulado

y avocó conocimiento de las diligencias, admitiendo la demanda por auto de 14 de enero de 2022. (archivos 06, 08 y 14).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PROTECCIÓN S.A. se opuso a las pretensiones del *petitum*, argumentado que se está frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, observándose del formulario de vinculación que suscribió el promotor, que dicho acto se realizó en forma libre y espontánea, acto que tiene la naturaleza de un verdadero contrato, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza del Fondo como de la afiliada, manifestación de voluntad que estuvo libre de presión y engaños, desvirtuándose cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento, lo que constituye una manifestación inequívoca de trasladarse a ese fondo.

Enlistó como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, la innominada o genérica, Inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara
la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa y re-asesoría y convalidación de la voluntad del afiliado. (folios 1 a 26 archivo 15).

COLPENSIONES contestó con oposición a las pretensiones elevadas en la demanda, argumentando que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente al demandante se le hubiese hecho incurrir en error por falta al deber de información por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento, como tampoco se evidencia inconformidad alguna por parte de la demandante, al contrario, de las documentales obrantes en el plenario se advierte que se encuentran sujetas a derecho, sin que de las mismas se desprenda constreñimiento alguno. De otro lado, adujo que el gestor no cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010 y está

inmerso en la prohibición legal dispuesta en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003.

Propuso como medios exceptivos los que denominó como errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradora de seguridad social del orden público y la innominada o genérica. (folios 1 a 37 archivo 16). En su intervención, el MINISTERIO PÚBLICO señaló que en el evento de emitirse condena, y que el Juzgado ordene a PROTECCIÓN S.A. como consecuencia de la ineficacia de traslado devolver a COLPENSIONES los aportes, cotizaciones, y rendimientos causado durante todo el tiempo que dichas sumas de dinero estuvieron en poder de la administradora privada de fondos de pensiones, tal como lo pide la demandante, es procedente que se precise de manera detallada en la parte resolutiva de la sentencia, debidamente discriminados todos los conceptos que involucra la declaratoria de ineficacia de traslado, conforme lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema en sentencias SL 3719 de 2021 y SL 2379- 2022. (archivo 24).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El JUZGADO SÉPTIMO LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ en sentencia proferida el 27 de febrero de 2023, resolvió:

> *"PRIMERO: Declarar la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por el señor Edgar Fernando Pinilla Casteblanco, a la AFP Protección, contenida en el formulario No. 7536670 del 09 de junio del 2006, afiliación realizada a SANTANDER hoy PROTECCIÓN.*
>
> *SEGUNDO: ORDENAR a Protección a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular el señor Edgar Fernando Pinilla Casteblanco, dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones.*

TERCERO: ORDENAR a Protección S.A. a devolver a Colpensiones, todos los descuentos realizados de los aportes pensionales del demandante desde el año 2006, correspondientes a gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, para lo cual se le concede al fondo demandado el termino de treinta (30) días, contados a partir del auto de obedecimiento al Superior, deberán presentar un informe discriminando todos los valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes, descuentos objeto de devolución, su indexación y demás información relevante que los justifiquen y que prevengan controversias posteriores a la ejecutoria de esta sentencia.

CUARTO: ORDENAR a Colpensiones a recibirlo sin solución de continuidad como afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde su afiliación inicial al ISS en 1982.

QUINTO: Se declaran como no probadas las excepciones presentadas por la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.

SEXTO: Se condena en costas a los demandados, a favor del demandante. Las agencias en derecho se tasan en la suma de 2 SMMLV, al momento del pago, a cargo del fondo privado.

SÉPTIMO: remítase en consulta la presente decisión."

Para arribar a dicha conclusión, el *a-quo* memoró que la jurisprudencia emanada por el órgano de cierre de esta especialidad, ha precisado que desde la expedición de la Ley 100 de 1993 y los Decretos 663 de 1993 y 656 de 1994, ha existido el deber de información en cabeza de las AFP, lo que igualmente encuentra sustento en el artículo 1600 del C.C. Seguidamente, adujo que en las sentencias SL-1452 y SL-1688 de 2019 se había aclarado y sintetizado la evolución normativa de dicho deber, el cual se condensa en tres etapas a saber, siendo la primera el deber de información aplicable al caso del gestor, toda vez que su traslado de régimen pensional se realizó en 2006, ello en consonancia con lo reglado en el literal b) del artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, al igual que el artículo 97 numeral 1º del Decreto 663 de 1993.

Luego, el alcance de ese deber de información consistía en ilustrar las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, obligación que recaía en cabeza de fondo privado, situación que debía acreditarse dentro de este proceso, posteriormente se introdujo el deber de asesoría y buen consejo con la Ley 1328 de 2009, el

Decreto 2241 de 2010 y finalmente el de doble asesoría con la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015.

En esa medida, expuso que de las pruebas arrimadas al plenario no se acreditó que PROTECCIÓN S.A. antes SANTANDER, al momento de vincular a la demandante le hubiese suministrado la información veraz, clara, comprensible y detallada respecto a las consecuencias que conllevaría en su futuro pensional la decisión de trasladarse a un fondo privado, lo que constituye una falta al deber de información en los términos ya relacionados, lo cual no se prueba con la suscripción del formulario de afiliación, tornándose ineficaz la vinculación y el traslado que realizo el gestor el 9 de junio de 2006 a la AFP SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A., lo que no se suple con una reasesoría, y al contrario conlleva a la devolución de las sumas producto de dicho retorno. Declaro no probada la excepción de prescripción y condenó en costas a las demandadas.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión, COLPENSIONES la apeló. Al respecto, refirió que no se demostró algún vicio del consentimiento conforme lo consagrado en el artículo 1740 Código Civil, al contrario, se está en presencia de un error de derecho que no tiene una fuerza legal para repercutir sobre la ineficacia del acto jurídico celebrado entre el demandante y el fondo privado.

Además, existe una indebida interpretación del artículo 1604 del C.C., ya que se impone la carga de la prueba en cabeza del RAIS, convirtiéndola en objetiva. De otra parte, señaló que existen obligaciones a cargo de los afiliados al Sistema General de Pensiones, entre las cuales se encuentra la de informarse sobre las condiciones del sistema, luego, el silencio en el transcurso del tiempo hace que se entienda que la demandante es consciente de su permanencia en el RAIS, máxime cuando esta Corporación ha dicho que en estos casos no puede alegarse un perjuicio económico.

Agregó que la decisión de instancia vulnera el principio de la Sostenibilidad Financiera de ese régimen, ya que pone en peligro los derechos fundamentales a la seguridad social de los demás afiliados. Igualmente, solicita se le absuelva

de la condena en costas, pues va en contravía del inciso 4º del artículo 48 de la Constitución Política, más aún cuando se trata de un tercero de buena fe, por ende, solicita se revoque en su integridad la sentencia de primer grado.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

Asimismo, se tiene que para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia el accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las

consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

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

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

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber*

de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido".

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

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

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

> *"Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información*

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que efectuó el actor el 9 de junio de 2006 con SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A., vinculación que se hizo efectiva a partir del 1º de agosto de 2006, como se observa de la certificación SIAFP (folios 35 y 81 archivo 15). Formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntaria, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *"Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado".*

Adicionalmente, en el interrogatorio de parte practicado al demandante EDGAR FERNANDO PINILLA CASTELBLANCO, indicó que estuvo afiliado al ISS desde 1982 a 2006, y que posteriormente en el año 2006 se trasladó a SANTANDER PROTECCIÓN S.A. por orden de su empleador; que su contacto con el asesor, solo fue al momento de suscribir el formulario de afiliación, el

cual le dijo que iba a tener una cuenta de ahorro individual con mejores rendimientos, lo cual no era verdad. De otro lado, dijo no recordar una reasesoría en 2014 por parte del fondo privado.

El Representante Legal de PROTECCIÓN S.A., dijo que para el año 2006 el formulario de afiliación era el único documento que se exigía para llevar a cabo el traslado de régimen, el cual da cuenta de la información que brindó y que en 2014 dio una reasesoría al actor la cual remitió al correo electrónico de éste.

De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna de la parte demandante sobre el pleno suministro de una debida información, luego, no obra prueba alguna que advierta una debida información de SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A. al momento del traslado del demandante, según lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, siendo evidente la carencia probatoria de esa encartada para soportar la inversión de la carga de la prueba que le asiste, lo que guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

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

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

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

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado al actor para el año 2006, una *"Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*".

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

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

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

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

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

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

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

Respecto a la posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera al declararse la ineficacia del traslado, al que alude COLPENSIONES en la alzada, se hace imperioso traer a colación lo señalado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, en la que indicó sobre el particular:

"Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional

al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En lo atinente a la inconformidad que presenta COLPENSIONES respecto a la condena en costas, debe indicarse que el artículo 365 del C.G.P., aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., establece la imposición de esta figura para la parte vencida en juicio, luego, al haber sido evidente que esa accionada se opuso a las pretensiones de la demanda y al no salir avante los argumentos que expuso en la impugnación, es claro para la Sala la prosperidad de la condena en costas, pues resulta evidente que dicha encartada fue vencida en juicio. En efecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en

sentencia SL2461-2021, Radicación No. 82211 del 8 de junio de 2021, señaló:

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

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

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

De ese modo, luce acertada la decisión del juez de primer grado. Corolario de lo anterior, se confirmará en su integridad la sentencia de primer grado.

COSTAS en esta instancia a cargo de la recurrente.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá el 27 de febrero de 2023, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la recurrente COLPENSIONES. Se fijan como agencias en derecho la suma de $500.000, a favor de la parte actora, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSE WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **09 2021 00089 01**
Demandante:	CARMEN ASTRID ROMERO BAQUERO
Demandados:	COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

AUTO:

Se reconoce personería jurídica para actuar en representación de PORVENIR S.A. a la abogada NEDY JOHANA DALLOS PICO, identificada con cédula de ciudadanía 1.019.135.990 y T.P. 373.640 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante, la demandada COLPENSIONES y el representante del MINISTERIO PÚBLICO, en contra de la sentencia proferida el 23 de noviembre del 2022 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora CARMEN ASTRID ROMERO BAQUERO promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A., a fin de declararse la nulidad por ineficacia de su afiliación y el traslado que efectuó al régimen de ahorro individual con solidaridad, por omisión de PORVENIR S.A. del deber de información, en consecuencia, se deje sin efecto el posterior traslado a COLFONDOS S.A., se declare que permanece afiliada al régimen de prima media para todos los efectos legales y que los fondos privados deben retornar a COLPENSIONES las sumas que se recaudaron en el tiempo que permaneció en estas.

Como consecuencia de tales declaraciones, solicita se ordene a COLPENSIONES la inscriba sin solución de continuidad como afiliación en el régimen que administra. Se condene a PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. trasladar a COLPENSIONES, la totalidad de los aportes, rendimientos, bono pensional, semanas de cotización, así como los demás dineros que aportó durante el tiempo en que ha estado afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra* y *extra petita* y las costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que se inscribió por primera vez al régimen de prima media administrado por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES en febrero de 1990, en donde efectuó cotizaciones a través del empleador Banco de la República hasta septiembre 1999. Agregó que en febrero de 2005, se vinculó de laboralmente con la ESCUELA COLOMBIANA DE INGENIERÍA JULIO GARAVITO, la cual de forma autónoma e inconsulta diligenció el formulario de afiliación y traslado de régimen de pensiones a PORVENIR S.A.

Señaló que ni el fondo o el empleador conocían su situación pensional real, en tanto no se percataron ni le informaron de la prohibición legal de retorno después del año 2010, tampoco fue informada sobre las características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, ni los requisitos o condiciones para acceder a la prestación económica de vejez y la diferencia en el valor de la mesada en ambos regímenes. De esa forma, en febrero de 2005, sin recibir la información técnica suficiente, transparente, equitativa y adecuada

firmó el formulario de vinculación a PORVENIR S.A. Seguidamente, indicó que en junio de 2014 estando al servicio de la UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA, se vinculó a COLFONDOS S.A. y que entre agosto y septiembre de 2020 solicitó a las demandadas la ineficacia del traslado, pedimento que fue resuelto de manera negativa. (folios 57 a 72 archivo 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones del libelo introductorio, aduciendo que el traslado de régimen de la actora se dio de manera libre y voluntaria ejerciendo su derecho a la libre escogencia de régimen. Además, sostuvo que bien desconoce las circunstancias de tiempo, modo y lugar mediante las cuales se llevó a cabo la asesoría, no es menos cierto que si la actora decidió que su mesada pensional estuviera regida por las características propias de dicho régimen, ello obedeció a la información que se le brindó por parte de los asesores de la AFP que efectuó el traslado, sin que se aporte más aun prueba alguna tendiente a demostrar que se presentó algún vicio en el consentimiento al momento de su afiliación que dé lugar a invalidar la misma, agregando que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado estipulada en la Ley 797 de 2003.

Propuso como excepciones de fondo las de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de COLPENSIONES, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho, prescripción y la innominada o genérica. (folios 348 a 377 archivo 09).

COLFONDOS S.A. dijo oponerse a las pretensiones de la demanda; aduciendo que el traslado de régimen se presentó en virtud del su derecho a escoger libremente el fondo de pensiones que administra sus aportes, siendo el RAIS su elección. Igualmente, expuso que los asesores comerciales de ese fondo brindaron al actor una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su

traslado horizontal, en la que se le asesoró acerca de las características del RAIS, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el RPMPD, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen, el derecho de retractación y los requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez en uno u otro régimen pensional. Asimismo, señaló que no está vulnerando el derecho de la actora a acceder a una pensión, ya que en ese régimen puede acceder a una, siempre que cumpla los presupuestos de Ley.

Como excepciones propuso las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, la innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y compensación y pago. (folios 1 a 16 archivo 06)

PORVENIR S.A. al contestar se opuso a las pretensiones de la demanda. Al respecto, señaló que el traslado de régimen pensional que efectuó la demandante es completamente válido y eficaz, recordando que solo hasta la expedición del Decreto 2555 de 2010, el Decreto 2071 de 2015 y la Ley 1748 de 2015, las administradoras de fondos de pensiones adquirieron la obligación de asesoría e información, tanto para sus afiliados como para el público en general, destacando que la obligación de explicar a los afiliados las consecuencias del traslado de régimen, nace sólo a partir del inciso cuarto del artículo 3 del Decreto 2071 de 2015. Luego, no es posible imponer cargas adicionales al fondo que, para la fecha del traslado entre regímenes, no estaba a cargo de las AFP.

Formuló como excepciones las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia e inexistencia de la obligación y buena fe. (folios 1 a 29 archivo 12).

Por último, el AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO en su intervención, señaló que si la AFP falta a su deber de información y no lo prueba en juicio, como experto en la materia para que el afiliado tome la decisión, esa falta de la diligencia, debe conllevar a que se declare la ineficacia del traslado y por tanto se ordene a la AFP

demandada trasladar los aportes con sus respectivos intereses a COLPENSIONES, a quien debe ordenársele proceda a recibir los mismos y reflejarlos en semanas en la historia laboral de la demandante. En caso contrario, la decisión no podrá ser otra que absolutoria. Posición que tiene sustento en reiterada jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la C.S.J., entre otras, SL-1452 de 2019, SL-1688 de 2019 y SL-1689 de 2019. Enfatizando respecto a la excepción de prescripción que en esta clase de procesos no tiene cabida por involucrar derechos irrenunciables. Como excepciones formuló las de incumplimiento en la obligación de brindar información y omisión en la satisfacción de carga de la prueba. (archivo 16).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 28 de febrero de 2023, resolvió:

> *"PRIMERO. DECLARAR la ineficacia del traslado que realizó la demandante, Carmen Astrid Romero Baquero, entre el RPM administrado por el Instituto de Seguros Sociales – hoy Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones - al RAIS, administrado por Porvenir S.A., el 8 de febrero de 2005.*
>
> *SEGUNDO. CONDENAR a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, las cotizaciones recibidas en su integridad, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales si los hubiere, así como gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en los seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados al momento de cumplirse la orden, sin que haya lugar a descontar valor alguno de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.*
>
> *TERCERO. CONDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones los valores correspondientes a cuotas de administración y comisiones que se dedujeron de la cuenta de ahorro individual de la demandante Carmen Astrid Romero Baquero, durante la vigencia de su afiliación a ese fondo de pensiones, por lo considerado.*
>
> *CUARTO. CONDENAR a COLPENSIONES a recibir de Porvenir y Colfondos S.A., todos los valores que le fueren trasladados, y abonarlos en el fondo común que administra, convalidando en la historia laboral de la demandante las correspondientes semanas.*
>
> *QUINTO. DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por las demandadas.*

SEXTO. COSTAS. Lo serán a cargo de Porvenir S.A. Tásense por Secretaría. Fíjense como agencias en derecho la suma correspondiente a un (1) SMLMV, de conformidad con lo indicado en la parte motiva.

SÉPTIMO. Remítase el presente asunto ante la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. a fin de que surta el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, de conformidad con el artículo 69 CPTSS."

Para arribar a dicha conclusión, al *a-quo* memoró que el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal b) establece la selección libre y voluntaria por parte del afiliado de uno de cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones, acotando que la vulneración de tal derecho conlleva a que la afiliación quede sin efecto, conforme lo reglado en el artículo 271 *ibidem*. Añadió que la CSJ ha explicado que desde el inicio ha correspondido a las administradoras de pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito, y que la carga de la prueba recae en los fondos de pensiones, presupuestos probatorios que se aplican sin importar si la afiliada tenía o no un derecho consolidado o una expectativa legítima o un beneficio transicional, lo que no subsana con los diferentes traslados horizontales.

Acorde con lo anterior, al examinar el acervo probatorio encontró no acreditado el cumplimiento del deber de información al momento del traslado de régimen por parte del fondo de pensiones del régimen de ahorro individual con solidaridad primigenio, por lo que declaró la ineficacia del traslado y ordenó la devolución de los emolumentos que esa situación conlleva, declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en condena a PORVENIR S.A.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

La demandada COLPENSIONES apeló la decisión de primer grado. Al respecto, manifestó que la actora no cumplió con las obligaciones que como afiliada le incumbían respecto a la decisión de traslado de régimen pensional, por lo que al no ser beneficiaria del régimen de transición y estar inmersa en la prohibición legal de traslado, no le es posible retornar a ese régimen. Además, el deber de información surgió solo hasta la Ley 1328de 2009, sin que con anterioridad se

exigiera nada diferente al formulario de afiliación, por lo que no se debía imponer la carga de la prueba a ese fondo. Por tanto, solicita se revoque la sentencia de instancia.

Por su parte, la demandante en su alzada indicó que es procedente la imposición de condena en costas a la demandada COLPENSIONES, al resultar vencida en juicio y haberse opuestos a las pretensiones de la demanda y formulado excepciones, conforme lo reglado en el artículo 365 del C.G.P., por lo que procede la condena a esa entidad por tal concepto.

El MINISTERIO PÚBLICO, en su apelación adujo que al haberse declarado la ineficacia del traslado, no solo procedía condenar a PORVENIR a devolver gastos de administración, los porcentajes destinados al fondo de garantía de pensión mínima y lo correspondiente a seguros previsionales indexados, sino que tal condena también procedía sobre COLFONDOS, la cual solo fue condenada a devolver los gastos de administración y comisiones, conforme se dijo el numeral tercero de la parte resolutiva.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fue aportado el formulario de afiliación que efectuó la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través PORVENIR S.A. el 8 de febrero de 2005 y el formulario de afiliación a COLFONDOS S.A. el 30 de abril de 2015, vinculaciones que se hicieron efectivas el 1º de abril de 2005 y el 1º de junio del 2015, respectivamente; según el reporte SIAFP. (folio 54 - archivo 12, folio 17 - archivo 10 y folio 25 - archivo 01).

De lo anterior, se advierte de dichos formularios que, si bien refieren que la decisión se adoptó de manera libre y voluntaria, no acreditan que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime

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

Por otra parte, se recibió el interrogatorio de parte del Representante Legal de PORVENIR S.A., quien señaló que la administradora no cuenta con prueba diferente al formulario de afiliación a ese fondo, que dé cuenta de la asesoría que brindó a la actora al momento del traslado, la cual era la única que se exigía para esa calenda.

A su vez, el Representante Legal de COLFONDOS S.A. en su declaración de parte indicó que, para la fecha del traslado horizontal de la actora en 2015 a ese fondo, ésta ya estaba inmersa en la prohibición legal de traslado, sin que exista prueba de la asesoría que se brindó, diferente al formulario de vinculación.

La demandante, CARMEN ASTRID ROMERO BAQUERO en el interrogatorio de parte a ella practicado, expuso que su afiliación a PORVENIR S.A. en 2005 se dio a través de su empleador y que ella solo verificó que el formulario tuviese sus datos correctos, precisando que no recibió asesoría de parte de ningún representante de ese fondo. Respecto a su afiliación en 2015 a COLFONDOS, manifestó que una asesora de le dijo que compañeros de trabajo estaban en ese fondo y que tenía mejor rentabilidad, lo cual le dio confianza y se trasladó a esa administradora de pensiones, sin recibir más información de parte de esos dos fondos.

De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna de parte de la actora sobre el pleno suministro de una debida información, luego, al ser el formulario de afiliación la única prueba relevante que advierta una información de PORVENIR S.A. al momento del traslado de la demandante, según lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es evidente la carencia probatoria de esa encartada para soportar la inversión de la

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales".

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

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

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

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

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

respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»".

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción".

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

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

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

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

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

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

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

Así las cosas, debe precisar la Sala que no existe yerro alguno en la decisión adoptada por la falladora de instancia, en cuanto a la declaratoria de la ineficacia del traslado y las condenas impuestas a COLFONDOS en el numeral segundo de la sentencia. Sin embargo, le asiste la razón al Ministerio Público, en tanto, además de la condena impuesta a PORVENIR S.A. de devolver a COLPENSIONES los gastos de administración, debía estar acompañada de la orden de devolver lo atinente a seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima a prorrata del tiempo en que permaneció la actora en ese fondo, indexados.

En consecuencia, se adicionarán los numerales tercero y sexto de la sentencia y se confirmará en lo demás la sentencia de primer grado. **COSTAS** en esta instancia a cargo de las recurrentes.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA TERCERA 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 28 de febrero de 2023 por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, que CONDENÓ a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES los valores

correspondientes a cuotas de administración y comisiones que se dedujeron de la cuenta de ahorro individual de la demandante, durante la vigencia de su afiliación a ese fondo de pensiones.

Para además ordenar que ese fondo privado devuelva a COLPENSIONES lo correspondiente a gastos de administración, seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, a prorrata del tiempo en que permaneció la actora en ese fondo, por las razones indicadas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral sexto de la sentencia de primer grado en el sentido de condenar igualmente en costas de esa instancia a la demandada COLPENSIONES, las que deberá tasar el *a quo*.

TERCERO: CONFIRMAR en lo de demás la sentencia de primer grado.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes COLPENSIONES y PORVENIR S.A. Se fija como agencias en derecho la suma de $500.000 a cargo de cada una y a favor de la parte actora, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral:	1100131050 **11 2019 00728 01**
Demandante:	LUCILA VALBUENA PUENTES
Demandados:	COLPENSIONES, SKANDIA S.A. Y COLFONDOS S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

AUTO:

Se reconoce personería jurídica para actuar en representación de COLPENSIONES a la abogada MARÍA ALEJANDRA ALMANZA NÚLEZ, identificada con cédula de ciudadanía 1.018.456.532 y T.P. 273.998 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y la demandada COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 24 de enero del 2023 por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora LUCILA VALBUENA PUENTES promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, a fin que se declare la nulidad o ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, junto con la nulidad o ineficacia de las afiliaciones que realizó a los fondos privados que fueron convocados a juicio; además, se declare que siempre ha permanecido en el régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad. Como consecuencia de tales declaraciones, pretende se condene a SKANDIA S.A. y a COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES las cotizaciones, bonos pensionales y rendimientos generados durante el tiempo en que estuvo vinculada al RAIS. Asimismo, se ordene a COLPENSIONES reciba tales emolumentos, reactive su afiliación en el régimen que administra y actualice y corrija su historia laboral. Por último, pretende se condene a los fondos privados al reconocimiento y pago de perjuicios morales, los cuales estima en 200 salarios mínimos mensuales legales vigentes, o la suma que el Juez considere y se condene en costas y agencias en derecho al extremo pasivo.

En subsidio pretende que se declare inexistente el acto por medio del cual se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad y, en consecuencia, se declaren inexistentes las afiliaciones a los fondos del RAIS. De la misma forma, solicita se declare que para todos los efectos siempre ha permanecido en el RPMPD sin solución de continuidad.

Consecuencialmente, pretende se condene a SKANDIA S.A. y a COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES las cotizaciones, bonos pensionales y rendimientos generados durante el tiempo en que estuvo vinculada al RAIS, e igualmente, se ordene a COLPENSIONES que reciba las sumas producto de los conceptos antes referidos, reactive su afiliación en ese régimen y actualice y corrija su historia laboral, se condene a los fondos privados al pago de perjuicios morales los cuales estima en 200 salarios mínimos mensuales legales vigentes, o a la suma que el Juez considere, junto con las costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 5 de octubre de 1966 y que ha prestado sus servicios personales a diferentes entidades, por lo que estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida a través del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES desde el 7 de octubre de 1986. Adujo que el 20 de enero de 1996, al no recibir información técnica y adecuada suscribió formulario de afiliación con COLFONDOS S.A., a través del cual fue trasladada al régimen de ahorro individual con solidaridad, volviendo a suscribir formulario de afiliación con ese mismo fondo en febrero de 2010, añadiendo que el 29 de abril de 2009 sin recibir información técnica y adecuada suscribió formulario de afiliación con la administradora OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

Expuso que se trasladó de régimen por considerar que el régimen de ahorro individual le era mucho más beneficioso, destacando que los asesores de los fondos privados no estaban capacitados para suministrar información completa, veraz y suficiente frente a la decisión de trasladarse de régimen y sin ser advertida de los riesgos que ello le conllevaría, además indicó que no le explicaron cómo funciona el fondo privado, ni del derecho de retracto. Al contrario, le dijeron que su mesada en ese régimen le sería más ventajosa, y que el régimen de prima media desaparecería.

Relató que COLFONDOS S.A. le realizó proyección pensional en la que se evidencia que su mesada en el régimen de prima media sería superior a la que obtendría en el régimen de ahorro individual y que en general las condiciones en este último régimen le son más desfavorables que las del primero. En esa medida, luce evidente que su consentimiento estuvo viciado a la hora de la afiliarse a ese fondo, siendo nula tal decisión.

Narró que solicitó la nulidad de su afiliación al RAIS ante las demandadas, pedimento que fue resuelto de manera negativa; agregando que se le creó una falsa expectativa por parte de los asesores del fondo privado, lo que le ha generado incertidumbre sobre el ingreso para subsistir luego de su vida laboral, lo que la mantiene en estado de angustia al no tener asegurado un ingreso acorde con la calidad de vida que su salario le ha permitido tener junto a su núcleo familiar. (folios 7 a 18 archivo 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

SKANDIA S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones principales y subsidiarias que se elevaron. Arguyó que la actora suscribió formulario de afiliación a ese fondo el 29 de abril de 2009, la cual estuvo vigente del 1º de junio de 2009 hasta el 31 de marzo de 2010. De otra parte, señaló que la selección de régimen pensional es libre y voluntaria, por lo que al afiliarse al régimen que administra aceptó las condiciones del mismo, conforme lo reglado en la Ley 100 de 1993 y sus Decretos Reglamentarios, a lo que se suma que su afiliación a ese fondo fue producto de un traslado de otra administradora del RAIS y no del RPMPD.

Propuso como excepciones de fondo las de cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, SKANDIA no participó ni intervino en el momento de la selección de régimen, el demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón a la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de afiliación al RAIS, ausencia de falta de al deber de asesoría e información, los supuesto facticos del proceso no son similares a las sentencias que cita, buena fe y la genérica. (folios 130 a 150 archivo 01).

COLFONDOS S.A. al contestar la demanda se opuso a las pretensiones principales y subsidiarias del libelo introductorio. Sobre el asunto indicó que brindó a la demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de traslado de régimen y entre administradoras de pensiones, dado que la asesoró acerca de las características de dicho régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre ambos regímenes pensionales, las ventajas y desventajas, y el derecho de rentabilidad que producen los aportes en ese régimen. En cuanto a la pretensión de nulidad, dijo que no se cumplen los presupuestos de los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, pues la actora suscribió el formulario de vinculación a ese fondo, por lo que carece de fundamento jurídico y asidero fáctico tal pedimento, además señaló que el 27 de julio de 2020 la actora solicitó a esa administradora el

reconocimiento de la pensión de invalidez, trámite que se encuentra en curso en la entidad.

Como excepciones de mérito formuló las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, la innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y compensación y pago. (folios 239 a 261 archivo 01).

Entre tanto, COLPENSIONES al contestar la demanda se opuso a las pretensiones elevadas en el *petitum*, argumentando que no obra prueba alguna en el plenario que permita inferir que el fondo privado hizo incurrir en error a la demandante, o que se esté en presencia de algún vicio del consentimiento, tampoco que haya presentado inconformidad sobre su traslado de régimen, por el contrario, de las documentales que obran en el expediente se advierte que el traslado se encuentra sujeto a derecho y que se realizó de manera libre y voluntaria, sin observaciones sobre presiones indebidas, igualmente adujo que en el presente caso no se cumplen las condiciones de la sentencia SU-062 de 2010, para que opere el traslado de régimen en cualquier momento.

Formuló como medios exceptivos los que denominó como errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradora de seguridad social del orden público y la innominada o genérica. (folios 373 a 409 archivo 01).

SKANDIA S.A. llamó en garantía a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., aduciendo que, en caso de ser condenada, esa aseguradora deberá reembolsar los valores pagados por concepto de seguro previsional. El cual fue aceptado mediante auto de 28 de junio de 2022. (folios 173 a 176 y 453 a 454 archivo 01).

En esa medida, MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., se opuso a las pretensiones de la demanda y del llamamiento en garantía, refiriendo que no se aportó prueba alguna que diera cuenta del supuesto engaño en que se hizo incurrir a la actora, y que genere la nulidad o ineficacia del traslado de régimen.

Como excepciones propuso las que nombró como no existe prueba de que se haya viciado el consentimiento del demandante por error de hecho al momento de suscribir el formulario de afiliación y traslado al RAIS, la demandante estaba facultada legalmente para retractarse de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad y omitió hacerlo, el demandante estaba facultado legalmente para solicitar el traslado de régimen por una sola vez cada 5 años y omitió hacerlo, buena fe de la parte demandada, prescripción de obligaciones laborales, excesiva tasación y falta de prueba de los perjuicios solicitados del demandante - sustentación a la objeción al juramento estimatorio y la genérica.

Como excepciones de mérito del llamamiento formuló las de ausencia de cobertura de la póliza de seguro previsional de invalidez y sobrevivientes No. 9201411900149, MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. no tiene el deber legal y contractual de hacer devolución de cotizaciones, bonos pensionales, montos recibidos por la afiliación, imposibilidad de devolver la prima por no existir seguros gratuitos y porque la prima se encuentra devengada, ausencia de la obligación de pagar intereses moratorios, ausencia de la obligación de pagar intereses moratorios e indexación, prescripción extintiva de la obligación surgida por el contrato de seguros, ausencia de solidaridad entre las demandadas, ausencia de cobertura para otras sumas diferentes a la pensión, tales como intereses, sanciones, indexación, costas y agencias en derecho, otras exclusiones y garantías pactadas en la póliza y caducidad, prescripción, compensación y nulidad relativa. (folios 721 a 740 archivo 01).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El JUZGADO ONCE LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, en sentencia proferida el 6 de diciembre de 2022, resolvió:

"PRIMERO. DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante Lucila Valbuena Puentes el día 20 de enero de 1996 del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, administrado por la COLFONDOS y los consecuentes traslados realizados a la SKANDIA S.A. en el año 2009 y nuevamente a COLFONDOS en el año 2010.

SEGUNDO. CONDENAR a las demandadas COLFONDOS S.A. y SKANDIA S.A. a devolver a COLPENSIONES la totalidad de las sumas que hubiese recibido como productos de las cotizaciones realizadas por la demandante durante su permanencia en dichas administradoras, es decir el 100% de las cotizaciones obligatorias con sus respectivos rendimientos financieros, incluyendo además los porcentajes destinados a gastos de administración y fondo de garantía de pensión mínima.

TERCERO. ORDENAR a COLPENSIONES a reactivar de manera inmediata y sin solución de continuidad la afiliación de la demandante Lucila Valbuena Puentes al régimen de prima media con prestación definida, además de recibir la devolución de los dineros ordenados en este proveído. CUARTO. DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

QUINTO. ABSOLVER a la llamada en garantía MAPFRE SEGUROS DE VIDA de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

SEXTO. CONDENAR en costas a la demandada AFP Colfondos incluyendo como agencias en derecho la suma de dos salarios mínimos mensuales legales vigentes (2 SMMLV).

SEPTIMO. - CONSULTAR esta decisión con la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en favor de Colpensiones."

Para arribar a dicha conclusión, el fallador de instancia hizo alusión a los artículos 13, 60 y 114 de la Ley 100 de 1993 y 10, 12 y 15 del Decreto 720 de 1994, los cuales aluden que el traslado de régimen deben partir de la cabal y plena información del posible afiliado a efectos de tomar una decisión responsable, y que el órgano de cierre de esta especialidad en casos como el presente había abandonado el criterio de la nulidad del traslado, para abordarlo desde la óptica de las ineficacias.

De otro lado, sostuvo que conforme lo ha venido exponiendo la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia de tiempo atrás, es obligación de los fondos de pensiones suministrar la debida información a sus potenciales afiliados desde el momento en que se efectúa un traslado o cabio del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con

Solidaridad, en el entendido que permita un traslado libre y voluntario, en tanto, tal actuar puede trazar el futuro pensional del afiliado, y de no darse tales presupuestos se configura la ineficacia del traslado, deber que ha surgido desde el nacimiento de los fondos de pensiones, lo cual no se acredita con la simple suscripción del formulario de afiliación, estando en cabeza de las AFP la carga de la prueba en estos casos, y que además la ineficacia del traslado aplica a todo tipo de afiliados.

Por tal razón, concluyó que la AFP COLFONDOS no demostró el cumplimiento de ese deber de información y buen consejo para con la demandante, carga probatoria que le incumbía, máxime si se tiene en cuenta que la demandante no confesó haber recibido información pormenorizada sobre las características y diferencias de ambos regímenes pensionales, pues el simple formulario de afiliación no logra probar la debida información, o el traslado horizontal que realizó a SKANDIA. Sobre la solicitud de pensión de invalidez que se dijo solicitó la actora a COLFONDOS, dijo que no se acreditó que la misma tenga la calidad de pensionada, situación que si impediría el estudio de la ineficacia del traslado; lo que conllevó a la declaratoria de la ineficacia de traslado de régimen y los posteriores traslados horizontales que realizó, declaró no probada la excepción de prescripción y ordenó la devolución de los emolumentos que ello conlleva.

En relación con el llamamiento de garantía, el Juez arguyo que, al no estarse solicitando la prestación de invalidez o sobrevivencia, no tiene prosperidad tal llamamiento. Sobre los perjuicios que se reclaman dijo que no se probaron, por lo que absolvió de tal pedimento y condenó en costas a COLFONDOS S.A.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión, la demandante la apeló. Al respecto, expuso que al haber sido vencidas en juicio las demandadas SKANDIA y COLPENSIONES, debían ser condenadas en costas y agencias en derecho, conforme lo reglado en el numeral 1º del artículo 365 del C.G.P.

COLPENSIONES en su alzada sostuvo que, la actora se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado, por lo que no es posible admitirla en el régimen

que administra. De otro lado, dijo que no se probaron los vicios del consentimiento conforme lo normado en el artículo 1508 del C.C.; además, indicó que no desconoce el precedente jurisprudencial emanado por el órgano de cierre de esta especialidad; sin embargo, se aparta de la tesis de que refiere que el deber de información data desde el surgimiento de los fondos de pensiones, pues ello, solo se dio hasta el año 2014, de ahí, que con anterioridad no se exigía nada diferente al formulario de afiliación, el cual da cuenta de la voluntad de permanecer en el régimen de ahorro individual, sin que se impusieran cargas adicionales.

En cuanto al principio de sostenibilidad financiera, refirió que nadie puede ser beneficiado a costa de los recursos de otros afiliados, pues ello pone en peligro el derecho a la seguridad social de los afiliados del régimen que prima media, por lo que solicita se le absuelva de las pretensiones de la demanda y se condene en costas a la activa. Añadió que en caso de confirmase la sentencia de instancia, solicita que condicione el cumplimiento de la misma, al reintegro de todos los emolumentos que obran en la cuenta de ahorros de la actora por parte de los fondos de pensiones privados, tales como cotizaciones, rendimientos, bonos de pensionales, incluidos los gastos de administración, seguros previsionales y cuotas del fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deben ser indexadas. Finalmente, solicita se confirme la no condena en costas de instancia en su contra, pues no participó en el acto que se declara ineficaz.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

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

Ahora, previo a avanzar con el estudio del caso que concita la atención de la Sala, conviene precisar en este punto, que tal como lo concluyó el fallador de instancia el presente asunto debe ser analizado bajo la institución de las ineficacias y no del régimen de las nulidades, tal como lo indicó la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, entre otras, en sentencia SL1859-2022, con Radicación No. 90488 de 16 de mayo de 2022, en la que expuso; *"El examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, según las sentencias CSJ SL1688-2019; CSJ SL1689-2019; CSJ SL3464-2019 y CSJ SL1465-2021, debe abordarse desde la institución de la*

ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas de retornar las situaciones a su estado inicial, conforme lo indica el artículo 1746 del CC, como también se orientó en los fallos CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1421-2019, el primero reiterado en los CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019". Dicho esto, es diáfano que no se ahondará en los argumentos expuestos por COLPENSIONES en su apelación, respecto a las particularidades de las nulidades.

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

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

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad*

de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido".

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

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

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

> *"Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la*

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

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, o si se trasladó de manera horizontal, o si se está a menos de diez años para la edad de pensión, pues son hechos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido, contrario a los sostenido por COLPENSIONES en la apelación.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que efectuó la actora el 20 de enero de 1996 con COLFONDOS S.A., además, se aportaron los formularios de afiliación a SKANDIA S.A. y COLFONDOS el 29 de abril de 2009 y el 4 de febrero de 2010, vinculaciones que se hicieron efectivas a partir del 1º de febrero de 1996, 1º de junio de 2009 y 1º de abril de 2010, como se observa de la certificación del SIAFP (Fls. 22, 23, 24, 348, 350 y 635 archivo 01). No obstante, lo cierto es que, si bien esos documentos refieren que la decisión se adoptó de manera libre y voluntaria, no acreditan que en efecto se haya suministrado la información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *"Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado".*

De otro lado, se recibió el interrogatorio de parte de la demandante LUCILA VALBUENA PUENTES, la cual al ser indagada sobre si había solicitado pensión de invalidez a COLFONDOS, dijo que la firma que obra en el plenario al respecto, si corresponde a la suya, pero ello obedecía a la solicitud que elevó para que ese fondo le pagara las incapacidades a su cargo.

Sobre su traslado y afiliación a esa administradora, expuso que en 1996 fueron citados fuera del horario laboral por su empleador CAFAM, el cual les dijo que tenía acciones en COLFONDOS y que les convenía trasladarse de régimen porque el Seguro Social se acabaría, de esa forma, les dejaron los formularios de afiliación para su diligenciamiento, lo que en ultimas efectuó Recursos Humanos, agregando que no leyó el formulario porque estaba atendiendo un usuario, y que no le dieron más información sobre los regímenes de pensiones. Frente al traslado a SKANDIA adujo que pensó que se trataba de un traslado de fondo de cesantías, no de pensión y que después fue devuelta a COLFONDOS.

De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna de parte de la gestora sobre el pleno suministro de una debida información, luego, no obra prueba alguna que advierta una debida información de COLFONDOS S.A. al momento del traslado de la demandante, según lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, siendo evidente la carencia probatoria de esa encartada para soportar la inversión de la carga de la prueba que le asiste, lo que guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

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

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

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

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado a la actora para el año 1996, una *"Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*".

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón al fallador de instancia al declarar la ineficacia del traslado, dado que la AFP COLFONDOS S.A. no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen, contrario a lo aducido por COLPENSIONES en su disenso. Es del caso

acotar, frente a la pensión de invalidez que hubiese podido solicitar la gestora a dicho fondo privado (folios 353 a 357 archivo 01), que en el *sub examine*, no se evidencia que exista una situación jurídica consolidada que le otorgue la calidad de pensionada en ese régimen a la gestora, situación que, si impediría declarar la ineficacia del traslado de régimen, como bien lo adujo que Juez de instancia.

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración, respecto a los cuales COLPENSIONES hace alusión en su alzada, cumple memorar que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló al respecto:

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

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

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

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

Respecto a la posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera al declararse la ineficacia del traslado, que igualmente alude COLPENSIONES en la apelación, se hace imperioso traer a colación lo señalado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, en la que indicó sobre el particular:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De ese modo, habrá de adicionarse la sentencia de instancia en el sentido de condenar a COLFONDOS S.A. y a SKANDIA S.A. a devolver a COLPENSIONES lo correspondiente a primas por seguros previsionales en porción del tiempo en que estuvo afiliada la demandante a esos fondos, concepto que deberán indexar al momento de su devolución; igualmente, deberán devolver indexado lo atinente a gastos de administración y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima.

Finalmente, debe precisarse que no se ahondará en el estudio de otros aspectos, tales como el llamamiento en garantía o lo pretendido de manera subsidiaria, entre otros; en tanto, no fue objeto de controversia por parte de las interesadas y además por que el asunto se analiza solo sobre los puntos objeto de apelación y lo referente al grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES. Así las cosas, se confirmará en lo demás la sentencia de primer grado.

COSTAS en esta instancia a cargo del COLPENSIONES.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA TERCERA 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 segundo de la sentencia proferida el 24 de enero de 2023 por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de condenar a COLFONDOS S.A. y a SKANDIA S.A. a devolver a COLPENSIONES

lo correspondiente a primas por seguros previsionales en porción del tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esos fondos de pensiones, sumas que deberán indexar al momento de su devolución. Igualmente, dichos fondos deberán devolver a COLPENSIONES debidamente indexados lo atinente a gastos de administración y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral sexto de la sentencia de primer grado, en el sentido de condenar en costas y agencias en derecho de esa instancia a SKANDIA S.A. y a COLPENSIONES, por las razones antes indicadas.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás de sentencia de instancia, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES. Se fijan como agencias en derecho la suma de $500.000 a favor de la parte actora, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	11001 31 050 **16 2019 00180 01**
Demandante:	JORGE ELIECER MORENO SEGURA
Demandado:	COLPENSIONES
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte actora en contra de la sentencia proferida el 7 de julio de 2022 por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor JORGE ELIECER MORENO SEGURA promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, a fin que se declare que es beneficiario del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y en consecuencia tiene derecho a que la demandada le reconozca y pague la pensión de vejez de acuerdo a lo normado en el Decreto 758 de 1990.

Como consecuencia de tales declaraciones, pretende se condene a la pasiva a reconocer, liquidar y pagar la pensión de vejez desde el 21 de octubre de 2014

y hasta que sea incluida en nómina de pensionados, junto con las mesadas adicionales, los reajustes de ley, los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, las costas y agencias en derecho y lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita.*

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que nació el 21 de octubre de 1954, cumpliendo la edad de 60 años el mismo día y mes de 2014, asimismo, manifestó que laboró para la empresa AGOSTINO Y CIA LTDA., en dos periodos, esto es, del 3 de enero de 1979 hasta el 30 de abril de 1984 y del 1º de mayo de 1984 hasta el 6 de mayo de 1985, desempeñando labores en servicios generales y posteriormente como cocinero en el restaurante AGOSTINO ubicado en las instalaciones del HOTEL DANN en la ciudad de Bogotá.

Refirió que de acuerdo con su historia laboral el empleador AGOSTINO Y CIA. LTDA. lo afilió para los riesgos de invalidez, vejez y muerte al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, descontando cada mes de su salario lo correspondiente a aportes a seguridad social, lo que pagó a esa entidad en vigencia de su vínculo laboral.

Enfatizó que conforme se refleja en la historia laboral expedida por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES el 26 de enero de 2007, la cual aporta con la demanda, cotizó con dicho empleador a través de la afiliación No. 011727061 y aportante No. 01008405821 del 3 de enero de 1979 al 6 de junio de 1985. Empero, sin mediar comunicación alguna la entidad sustrajo de su historia laboral los anteriores pagos.

En esa medida, el 19 de septiembre de 2017 solicitó a la demandada la corrección de su historia laboral, toda vez que los anteriores periodos habían

sido sustraídos de la misma, recibiendo comunicación de parte de la encartada el 26 de octubre de 2017 en la que le manifestó que había descontado dichas semanas, en atención a que el empleador AGOSTINO Y CIA LTDA., en el ciclo 1984-05 reportó una novedad de retiro, con efectos retroactivos, asentada para el 4 de enero de 1979, sin que le hubiera notificado o comunicado que el empleador había reportado una desafiliación retroactiva ni que iba a proceder a anular su afiliación y las semanas cotizadas con la misma.

Narró que el 15 de diciembre de 2017 mediante radicado 2017-13244853 solicitó a la convocada a juicio el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, la que fue resuelta mediante Resolución SUB298588 de 29 de diciembre de 2017 en la que se señaló que acredita un total de 821 semanas, y que conforme lo preceptuado en la Ley 797 de 2003 no reúne los requisitos de ley.

Indicó que contra dicha decisión interpuso los recursos de reposición y en subsidio de apelación, decisión que fue confirmada a través de la Resolución SUB27751 de 31 de enero de 2018 y DIR 2732 de 7 de febrero de 2018, reiterando la novedad de retiro por parte del empleador de mayo de 1985 con efectos retroactivos, asentada para 19790104.

Agregó que conforme la historia laboral modificada por la demandada acredita un total de 825 semanas, además que al sumar las semanas descontadas al 1º de abril de 1994, alcanza 827 semanas, en consecuencia, cuenta con más de 1000 semanas al 31 de diciembre de 2014. Por último, refirió que no ostenta prestación pensional alguna. (archivos 03).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contra. Argumenta que el actor no cumple con los requisitos

para ser beneficiario de la prestación económica que reclama. Formuló como medios exceptivos los de inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción y caducidad y la innominada o genérica. (archivo 08).

La parte demandada presentó reforma a la demanda, en el sentido de incluir una prueba documental, sin que el Juzgado se pronunciara sobre la misma, por lo que en la audiencia de que trata el artículo 77 del CPT y de la SS, se saneó ese aspecto.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 7 de julio de 2022, absolvió a la demandada de las pretensiones elevadas en su contra, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido y condenó en costas a la parte demandante.

Para arribar a dicha conclusión, la *a-quo* recordó que el actor adujo que laboró para la empresa AGOSTINO Y COMPAÑÍA LTDA., desde el 3 de enero de 1979 al 30 de abril de 1984 y del 1º de mayo de 1984 al 6 de mayo de 1985, periodos en los que el empleador pagó aportes al ISS; empero, la demandada no tuvo en cuenta en su historial laboral esos periodos, con ocasión a una novedad de retiro que presentó el empleador, la cual según informó la pasiva, se reportó en mayo de 1984, con efectos retroactivos al 4 de abril de 1979.

Seguidamente, dijo la operadora judicial de instancia que del reporte de semanas tradicional expedido por el ISS, se evidenciaba que la citada sociedad reportó a nombre del actor novedad de ingreso el 3 de enero de 1979 y de retiro el 6 de mayo de 1985, por lo que en inicio se podía concluir que en efecto el empleador realizó aportes en el periodo que indica el demandante. Empero,

según carta de finiquito expedida por la referida sociedad, certifica que el gestor laboró como cocinero segundo del 3 de enero de 1979 al 30 de abril de 1984, documento que prueba la prestación de servicios a esa empresa. No obstante, del periodo comprendido entre el 1º de mayo de 1984 y el 6 de mayo de 1985, no existe prueba que dé cuenta de la prestación personal de servicios por parte del actor a esa empresa, por lo que el demandante no cumplió con la carga de acreditar la existencia de la relación contractual en ese interregno.

Continuó señalando la falladora de primer grado, que no obra prueba de la novedad de retiro del referido empleador, por lo que era indispensable que se acreditara tal situación, sin embargo, de la comunicación de 24 de marzo de 2021 el empleador AGOSTINO Y COMPAÑÍA LTDA., con número patronal 01008405821, reportó una novedad de retiro y se puso de presente una captura de una microficha en dicho documento. Agregó, que en virtud de ello se allegó una historia laboral actualizada en la que se tiene que ese empleador, únicamente realizó aportes desde el 3 de enero de 1979 al 4 de enero de 1979 y que el testigo José Rubiel Garavito, dijo que el actor trabajó en el HOTEL DANN en el restaurante de AGOSTINO de 1973 hasta 1983.

Igualmente, destacó que de la liquidación de nómina que obra en el expediente, se colige como extremos de la relación laboral del actor con el pluricitado empleador del 3 de enero de 1979 al 30 de abril de 1984, por lo que al ser deber de la administradora velar por el cumplimiento del pago de los aportes en ese lapso, sin que dicha carga se le puede imponer al trabajador, tal como lo ha reiterado la jurisprudencia. Enfatizando que para que proceda la desafiliación retroactiva, el empleador debe demostrar la desvinculación real, de lo cual no hay pruebas en el expediente, por ende, procede el cobro de los periodos antes referidos que aluden a 276.43 semanas, acotando que no sucede lo mismo con el periodo del 1º de mayo de 1984 al 6 de mayo de 1985, ya que no existe prueba de la prestación de servicios en ese periodo, lo cual no

se prueba con la tarjeta de comprobación de derechos, reiterando que no debe existir duda de la relación laboral, y en dado caso, se debió llamar a juicio al supuesto empleador, por lo que no habilita la contabilización de ese tiempo.

Al analizar, la pretensión relacionada con la pensión de vejez que reclama el actor, conforme lo reglado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por ser beneficiario del Acuerdo 049 de 1990. Sostuvo que éste efectuó cotizaciones desde el 24 de marzo de 1972 a través de diferentes empleadores, según el reporte de semanas expedido el 24 de marzo de 2021, luego, al tener en cuenta el periodo comprendido entre el 3 de enero de 1979 al 30 de abril de 1984, que corresponde a 277.43 semanas, las que sumadas a las que aparecen en el citado reporte al 1º de abril de 1994, arroja un total de 775.84 semanas, es decir, más de quince años de cotizaciones a esa calenda.

No obstante, adujo que al 1º de abril de 1994, el actor solo contaba con 39 años, pues nació el 21 de octubre de 1954; empero, aun así, era beneficiario del régimen de transición acorde con lo establecido en el parágrafo 4º del Acto Legislativo 01 de 2005, pues a la entrada en vigencia de esa norma tenía más de 750 semanas.

Así, verificar el cumplimiento de los requisitos del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, el actor al 21 de octubre de 2014 contaba con la edad exigida por esa norma, es decir, 60 años de edad, pero en lo atinente al tiempo de cotización no sucedía lo mismo, pues para el 31 de diciembre de 2014, en el citado reporte acreditaba 692.74 que sumas a las 277.43 semanas, arrojan un total de 970.17 semanas, las que son insuficientes frente a la exigencia de 1000 semanas en cualquier tiempo, y tampoco contaba con 500 semanas en los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, pues solo acreditó 158.18 semanas de cotización.

Al analizar la prestación de vejez con base en lo preceptuado en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, dijo que el actor alcanzó la edad de 62 años el 21 de octubre de 2016, no siendo así el requisito de semanas, pues no arribó a las 1300 semanas exigidas por la ley, pues solo contaba con 1188.72. Absolviendo a la demandada de las pretensiones de la demanda.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandante inconforme con la decisión la apeló. Manifestó su disenso frente a la decisión de la Juez de instancia de no tener en cuenta el tiempo laborado por el actor con el empleador AGOSTINO LTDA., del 1º de mayo de 1984 al 6 de mayo de 1985, ya que en la historia laboral tradicional que se aportó con la demanda, se evidencia el tiempo cotizado con este empleador hasta el año 1985, inclusive se registra que para esa data hubo un cambio de salario.

Así las cosas, el lapso de tiempo en realidad sí fue laborado por el demandante hasta 1985, calenda en que se retiró; aspecto del cual igualmente dio cuenta el testigo José Rubiel Garavito, quien dijo que fue compañero de trabajo del gestor, y que si bien el declarante laboró hasta 1983, no puede pasarse por alto que dijo constarle que el promotor prestó servicios hasta 1985, pues entraba al hotel y pasaba al restaurante a saludarlo; en consecuencia, solicita se revoque la sentencia de primer grado y se conceda la pensión de vejez que se reclama en el *petitum*.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin observar causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá auscultar como argumento primigenio, si al demandante le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a la luz del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, teniendo en cuenta las deficiencias de los verdaderos tiempos cotizados como se alude en los supuestos fácticos de la demanda.

c. Inclusión de Tiempos en la Historia Laboral:

Pretende el actor el reconocimiento y pago de la pensión de vejez de conformidad con lo regulado en el Acuerdo 049 de 1990, aduciendo para el efecto que es beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Sin embargo, destaca en los supuestos fácticos de la demanda, que COLPENSIONES no ha tenido en cuenta los tiempos que dice haber laborado para la sociedad AGOSTINO Y CIA. LTDA., más específicamente del 1º de mayo de 1984 al 6 de mayo de 1985, según adujo en la apelación, periodo en el cual señala, prestó servicios a ese empleador para lo cual aduce que esa situación se colige del acervo probatorio.

Ahora bien, en esta instancia no fue objeto de controversia que el actor se encontraba afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES desde el 24 de marzo de 1972, presentando cotizaciones desde esa misma calenda al 30 de septiembre de 2019, según se observa del Reporte de Semanas Cotizadas en Pensiones, expedido por la pasiva el 24 de marzo de 2021 y que prestó sus servicios a AGOSTINO & CIA. LTDA. del 3 de enero de 1979 al 30 de abril de 1984, conforme lo concluyó la Juez de instancia, el que refiere a 277.43 semanas, las que sumadas a las 911.29

semanas de la Historia Laboral, arrojan un total de 1188.72. semanas. (Fls. 7 a 8, 37 a 43 archivo 02 y 5 a 11 archivo 19).

De cara a lo anterior, imperioso resulta memorar que el artículo 15 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 3 de la Ley 797 de 2003, señala que serán afiliados al Sistema General de Pensiones:

> *"1. En forma obligatoria: Todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos. Así mismo, las personas naturales que presten directamente servicios al Estado o a las entidades o empresas del sector privado, bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, o cualquier otra modalidad de servicios que adopten, los trabajadores independientes y los grupos de población que por sus características o condiciones socioeconómicas sean elegidos para ser beneficiarios de subsidios a través del Fondo de Solidaridad Pensional, de acuerdo con las disponibilidades presupuestales."*

A su vez, el artículo 24 *ejusdem,* señala que corresponde a las entidades administradoras de los diferentes regímenes adelantar las acciones de cobro con motivo del incumplimiento de las obligaciones del empleador de conformidad con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional. Para tal efecto, la liquidación mediante la cual la administradora determine el valor adeudado prestará mérito ejecutivo.

El máximo órgano de cierre de esta especialidad, en sentencia SL1078-2021 con Radicación No. 73820 de 3 de marzo de 2021, se ha ocupado de realizar algunas precisiones sobre la diferencia entre la mora patronal y la falta de afiliación, así:

> *"En la primera (la mora), la consecuencia de la conducta del empleador no se traslada al afiliado, si antes no se acredita que la administradora adelantó las gestiones de cobro correspondientes, mientras que, ante la ausencia, omisión o inactividad de la afiliación originada por el empleador que apareja la falta de comunicación de ingreso al sistema, el empleador debe asumir el pago de las cotizaciones correspondientes al*

periodo omitido, a través del denominado cálculo actuarial o título pensional, que es el mecanismo legal que refiere el art. 33 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL3004-2020).

"En el caso de la no afiliación, la Corporación enseña que esta circunstancia no puede equipararse a la mora, pues no resulta comparable la situación del empleador que afilia a sus trabajadores e incumple el pago de algunos periodos con quien no comunica su ingreso al sistema, ya que el empleador debe asumir el pago de las prestaciones que le hubieran correspondido a las administradoras en caso de afiliación.

"Este último aspecto ha sido morigerado y actualmente, entre otras razones, con motivo de la entrada en vigencia del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, reglamentado por el Decreto 3798 de ese mismo año, se admite la inclusión de estos tiempos pese a no existir afiliación, siempre que se traslade el cálculo actuarial que los represente, en cuyo caso el sistema debe asumir el pago de la prestación y, además, se reúnan los requisitos mínimos exigidos para la correspondiente prestación. (CSJ SL 5058-2020, 3661-2020). Al respecto, también se pueden consultar las siguientes sentencias citadas, en providencia anterior, CSJ SL, 22 jul. 2008, rad. 34270, reiterada, entre otras, en las CSJ SL, 17 may. 2011, rad. 38622; CSJ SL, 13 feb. 2013, rad. 43839; y CSJ SL, 15 may. 2013, rad. 41802."

Siguiendo esa misma línea de pensamiento, esa misma Corporación en sentencia SL3163-2021, Radicación No. 76260 del 21 de julio de 2021, señaló:

"Entonces, tal como lo mencionó el tribunal, no se puede endilgar a la administradora la obligación de efectuar el cobro de los aportes toda vez que para que exista mora del empleador con el sistema, debe mediar el incumplimiento de una determinada prestación adquirida en virtud del formulario de afiliación del trabajador o de novedad de vinculación laboral; asunto que si bien no exonera de responsabilidad al dador del empleo, sí impide que se establezca su condición de deudor moroso del sistema. En ese sentido resulta pertinente reiterar lo enseñado por la Corte en sentencias CSJ SL, 23 feb. 2010, rad. 37555 y CSJ SL, 9 sep. 2009, rad. 35211".

"[…]
"Sumado a ello, si lo que alega la recurrente es una falta de afiliación por parte del empleador, una omisión de cotización de semanas y/o algún error en la información suministrada por la patronal y a la vez por la misma entidad, lo procedente era demandar directamente a su empleador para que identificados los periodos discutidos, se establezca la obligación de trasladar el respectivo cálculo actuarial correspondiente a las semanas

dejadas de cotizar, y así poder incluir esos periodos en la contabilización de las semanas requeridas (CSJ SL1506-2021, rad. 88017), pues los efectos del aviso de entrada del trabajador (documento que se recuerda fue correctamente apreciado por el fallador), no pueden extenderse al cobro retroactivo de aportes por el tiempo en que no medió afiliación al sistema de seguridad social." (Subrayado por la Sala.)

Ahora bien, en punto de la novedad de retiro con efectos retroactivos la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en sentencia SL5700-2016 Radicación No. 47242 de 3 de febrero de 2016, expuso:

"Al respecto se ha de precisar que le asiste razón al impugnante, toda vez que el sentenciador de segundo grado omitió la certificación obrante al folio 256 donde la Jefe del Departamento de Pensiones del Instituto – Seccional Risaralda, informa que «el periodo comprendido entre el 31 de Octubre de 1.985 y el 2 de Enero de 1.990 no es tenido en cuenta para la contabilización total de las semanas cotizadas por el demandante, toda vez que el patronal nº 03040100946 realizó el retiro retroactivo, información que únicamente puede ser verificada directamente en el sistema de microfichas manejas (sic) por el Departamento de Historia Laboral, por tanto no es procedente contabilizarlo».

Esa situación que no fue tenida en cuenta por el Juzgador de segundo grado, explica la información contenida en las Historias laborales obrantes en el proceso que no registran dichas cotizaciones en el haber del afiliado, y en esa medida fueron erróneamente apreciadas.

Y si bien es cierto el Tribunal se apoyó en el folio 28 que corresponde a un resumen de la Historia de cotizaciones del afiliado, dado que su fecha de impresión corresponde al 25 de febrero de 1999, debió ser armonizada con la otra documental que reposa en el expediente y que daba cuenta de la novedad de retiro retroactivo surgida en fecha posterior, realizada por el empleador Nieto Duque Pedro Nel.

Por lo demás, la Historia de cotizaciones del Instituto correspondiente al actor, corregida, como se observa a folios 229 y 236 daba cuenta de la novedad de retiro del citado empleador desde el 31 de diciembre de 1980, con la anotación de que no presentaba deuda."
(…)
"Después, en vigencia de la Ley 100 de 1993, y para el momento en que se realizó por el empleador el retiro retroactivo –que fue posterior a febrero de 1999, pues en esa fecha todavía aparecían registrados en la historia laboral los aportes cuestionados como se señaló en precedencia-, regía el

artículo 23 del Decreto 1818 de 1996 que modificó el artículo 31 del Decreto 326 del mismo año, y que consagró: «Las desafiliaciones retroactivas únicamente se permitirán como corrección anexando las pruebas que lo demuestren». (El artículo 23 del Decreto 1818 de 1996 no fue derogado por el Decreto 1406 de 1999).

Según informa el folio 256 el empleador surtió el respectivo procedimiento ante la entidad por lo que los aportes correspondientes al lapso comprendido entre el 31 de octubre de 1985 y el 2 de enero de 1990 se itera, ya no pueden ser incluidos en el haber de cotizaciones de la entidad por lo que no era viable imponerle el pago de la prestación. Lo anterior teniendo en cuenta además, que el demandante no presentó prueba, siendo suya la carga procesal de hacerlo según el principio onus probandi incumbit actori, de que en realidad en ese tiempo prestó servicios al empleador Nieto Duque Pedro Nel, que se surtió la correspondiente afiliación a pensiones y se causaron válidamente las cotizaciones.

Ahora, si quien incurrió en una presunta irregularidad fue el empleador, al proceder a efectuar la desafiliación retroactiva, es un asunto que desborda los límites de esta controversia en cuanto esa persona no fue convocada al proceso, ni el tema se planteó en esos términos en la demanda inicial." (Subrayado por la Sala).

d. Del Caso en Concreto:

Al descender al *sub examine*, y de acuerdo con los argumentos expuestos por la activa en su alzada, se advierte que, conforme a la copia de la cédula de ciudadanía del demandante, al 1º de abril de 1994 tenía 39 años, ya que su fecha de nacimiento fue el 21 de octubre de 1954. (folio 1 archivo 02), por lo que en principio no sería beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, conforme lo preceptuado en el Acuerdo 049 de 1990.

Ahora bien, cabe memorar que dicho régimen no podía extenderse más allá del 31 de julio de 2010, por virtud del parágrafo transitorio 4º del Acto Legislativo 01 de 2005, excepto para quienes estando en dicho régimen hubieran cotizado al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en

vigor de dicho Acto Legislativo, en cuyo caso se extiende hasta el año 2014. Entre tanto, el artículo 12 del referido Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, prevé la pensión de vejez, para el caso de los hombres, cuando cumplan 60 años y acrediten 500 semanas cotizadas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima, o, 1000 en cualquier tiempo.

En punto de lo anterior, se recuerda que el demandante sostiene que la pasiva no tuvo en cuenta en su totalidad los tiempos que laboró para el empleador AGOSTINO & CIA. LTDA. del 3 de enero de 1979 al 30 de abril de 1984 y del 1º de mayo de 1984 al 6 de mayo de 1985, en tanto el empleador reportó una novedad de retiro en mayo de 1985 con efectos retroactivos al 4 de enero de 1979; concluyendo al respecto la Juez de instancia, que en efecto el actor había prestado servicios al citado empleador del 3 de enero de 1979 al 30 de abril de 1984, conforme se podía constatar de la transacción que suscribieron el 4 de mayo de 1984 (folios 7 al 8 de 02), lapso que arroja un total de 277.43 semanas, las que según cuentas de esta Colegiatura aluden a 274 semanas, sin embargo, no fue un hecho objeto de discusión por parte de la pasiva, no sucediendo lo mismo respecto al periodo 1º de mayo de 1984 al 6 de mayo de 1985, del cual no se corroboró la real prestación de servicios por parte del demandante.

En esa medida, se tiene que se recibió el testimonio de JOSÉ RUBIEL RAMIREZ GARAVITO, quien dijo conocer al actor hace 30 años, porque él lo recomendó para que fuera a trabajar al HOTEL DANN en el restaurante AGOSTINO, ya que él laboró en ese lugar en oficios varios de 1973 a 1983, además, precisó que el promotor laboró en ese restaurante primero en oficios varios y luego como cocinero de 1979 a 1985, y que le consta que el gestor permaneció hasta la última calenda por cuanto eran vecinos y frecuentaba el lugar donde quedaba el hotel; que estaban afiliados a seguridad social y que no le consta si el actor

tuvo problemas en ese aspecto; de otro lado, precisó que la tarjeta de servicios que le daban de esa entidad era para recibir servicios de salud.

A su vez, se encuentra la transacción suscrita entre el Restaurante Agostino & cía. Ltda. - Hotel Dann de 4 de mayo de 1984, en la que se señala que el demandante prestó sus servicios a AGOSTINO & CÍA LTDA. desde el 3 de enero de 1979 al 30 de abril de 1984 como cocinero segundo; asimismo, obra Reporte de Semanas Cotizadas en Pensiones, expedido por COLPENSIONES el 24 de marzo de 2021, en el que obran cotizaciones efectuadas a favor del actor por el aludido empleador del 3 al 4 de enero de 1979, calenda esta última en la que se reporta novedad de retiro, según el Reporte de Semanas Cotizadas Periodo 1967-1994, emitido por COLPENSIONES el 5 de mayo de 2021. (folios 7 al 8 archivo 02 y folios 5 a 11 y 12 a 15 – archivo 19).

Es de mencionar, que con las pruebas aportadas por el demandante se allega Reporte de Semanas Cotizadas por el Periodo 1967-1994, emitido por el SEGURO SOCIAL el 26 de enero de 2007, en donde se reporta para el empleador AGOSTINO & CIA LTDA. con número de aportante 01008405821, las siguientes novedades: i) un cambio de salario de 1º de enero de 1979 y ii) un retiro del día 3 de ese mismo mes y año, a continuación se reportan novedades de ingreso de iii) 3 de enero de 1979 y iv) 30 de julio de 1984, un v) cambio de salario de 1º de mayo de 1985, vi) una novedad de retiro de 6 de mayo de 1985 y un viii) pago hasta el 30 de abril de 1994. (folios 4 al 6 archivo 02).

Además, se encuentra comunicación dirigida al actor por la demandada de 26 de octubre de 2017, en la que le informa frente a su solicitud de corrección de historia laboral, lo siguiente; *"Verificadas nuestras bases de datos se logró establecer, que el empleador AGOSTINO Y CIA LTDA, en el ciclo 198405, reportó una novedad de retiro, con efectos retroactivos, asentada para el día 19790104.*

Por lo tanto, no es procedente efectuar corrección alguna en la historia laboral, toda vez que se trata de una novedad de retiro con efectos retroactivos realizada en virtud de lo establecido en el Art. 37 del Decreto 3063 de 1989 y en observancia que la historia laboral de cada afiliado está construida con base en las novedades laborales que reportaba cada empleador, para que el ISS, hoy Colpensiones, de manera precisa e inequívoca realice las actuaciones administrativas correspondientes y registre las novedades tal como le fueron y son reportadas", lo que se acompasa con la comunicación emitida por la accionada de 24 de marzo de 2021. (folios 11 archivo 02 y folios 3 a 4 archivo 19).

Bajo ese escenario, en lo que respecta a la sociedad AGOSTINO & CIA LTDA., no es dable determinar que la relación laboral permaneció vigente entre el 1º de mayo de 1984 y el 6 de mayo de 1985, pues del acervo probatorio no es posible concluir tal aspecto, lo cual tampoco se puede deducir con total certeza de la versión del testigo JOSÉ RUBIEL RAMIREZ GARAVITO, pues nótese que este dijo haber laborado para el restaurante hasta el año 1983.

En cuanto a las falencias que se evidencian en el reporte de semanas que allegó el demandante en el que obra un reporte de novedades de 1979 a 1985, y la comunicación que se dirigió la accionada al actor informando de la novedad de retiro que reportó el empleador en mayo de 1985, con efectos retroactivos al 4 de enero de 1979, si bien no se allega más información al respecto, lo cierto es que la entidad mencionó que es la única información con la que cuenta, según el archivo microfilmado que heredó del ISS. (folios 3 a 4 archivo 19).

Luego, no es posible establecer la existencia de una relación laboral entre el demandante y la sociedad AGOSTINO & CIA. LTDA. en un lapso diferente a la del 3 de enero de 1979 al 30 de abril de 1984, como lo concluyó la Juez de primer grado, de ahí, que menos aún, se pueda hablar de una mora en el pago

de aportes, a fin de que la encartada hubiese llevado a cabo las gestiones de cobro pertinentes o asumiera tal lapso ante una posible negligencia en el cobro; luego, lo que se predica es una falta de afiliación.

Además, no se convocó a juicio a esa sociedad a efectos de determinar la existencia de la relación laboral en el periodo que se echa de menos, por lo que contrario a lo aducido por la parte actora en su alzada, no se demostró la prestación real y efectiva de servicios del 1º de mayo de 1984 al 6 de mayo de 1985.

Así las cosas, no es viable acceder a la pensión que se reclama, ya que si bien el actor a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con más de quince años de servicios, dado que alcanzaba 776,4 semanas, y de contera acreditaba las 750 semanas previstas en el Acto Legislativo 01 de 2005, a fin de que se extendiera su régimen de transición al 31 de diciembre de 2014, se tiene que cumplió 60 años el 21 de octubre de 2014, no alcanza 500 semanas en los últimos veinte años anteriores al cumplimento de la edad, ya que solo cuenta con 193.77 semanas y tampoco acredita las 1000 semanas en cualquier tiempo, dado que al 31 de diciembre de 2014 solo acredita 970.17 semanas, por ende, no acredita los presupuestos establecidos en el Acuerdo 049 de 1990.

De otro lado, se observa que arribó a la edad de 62 años el 21 de octubre de 2016 y al sumar las 911.29 semanas de la Historia Laboral, a las 277.43 determinadas por el tiempo laborado con el multicitado empleador AGOSTINO & CÍA LTDA., obtiene 1188,72 semanas; es decir, no acredita las 1300 que exige la Ley 797 de 2003. Como corolario de lo anterior, se confirmará en su integridad la sentencia de primer grado. **SIN COSTAS** en esta instancia.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 7 de julio de 2022 por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, conforme a las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **16 2021 00011 01**
Demandante:	MARIA PATRICIA GUTIERREZ ALZATE
Demandados:	COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

AUTO:

Se reconoce personería jurídica para actuar en representación de SKANDIA S.A. a la abogada EDNA CRISTINA FAJARDO ANDRADE, identificada con cédula de ciudadanía 1.010.215.262 y T.P. 298.226 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas SKANDIA S.A. y COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 7 de septiembre del 2022 por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora MARIA PATRICIA GUTIERREZ ALZATE promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A., a fin de declararse la nulidad del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PORVENIR S.A. el 1° de abril de 1999.

Como consecuencia de tal declaración, pretende se retrotraiga las cosas a su estado anterior, y se ordene a COLPENSIONES la incluya como su afiliada en el régimen que administra; de igual forma, se condene a SKANDIA S.A., a que traslade a COLPENSIONES la totalidad de las sumas de dinero que haya recibido a su favor, tales como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, entre otros; más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra* y *extra petita*, junto las costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que estuvo afiliada al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES desde el 1° de marzo de 1985 y que posteriormente, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PORVENIR S.A. el 1° de abril de 1999. A continuación, sostuvo que al momento del traslado de régimen no fue asesorada de manera transparente, completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta en relación a las diferencias entre uno y otro régimen pensional, las prestaciones

económicas del régimen de ahorro individual con solidaridad, los beneficios, riesgos, desventajas, inconvenientes, requisitos para pensionarse, requisitos y forma de liquidación de su mesada pensional en ambos regímenes pensionales.

Seguidamente, informó que en mayo de 2007 se vinculó a SKANDIA S.A., administradora de pensiones en la cual se encuentra cotizando a pensión y no ha solicitado pensión. Asimismo, refirió que el 25 de noviembre de 2020 solicitó a COLPENSIONES el traslado a esa entidad, pedimento que fue denegado. (folios 1 a 34 archivo 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones del libelo introductorio, aduciendo que la actora se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad de manera libre, voluntaria y conforme a la normatividad vigente, sin que para la fecha de afiliación se pudiera brindar información certera y precisa; no obstante, manifiesta que en caso de determinar un incumplimiento al deber que le asiste a los fondos pensionales, se debe devolver la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la actora sin lugar a deducción alguna.

Propuso como excepciones de fondo las de inoponibilidad por ser un tercero de buena fe, responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social, juicio de proporcionalidad y ponderación, improcedencia de declaratoria de ineficacia de traslado o nulidad cuando se tiene el estatus de pensionado en el RAIS, prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe y la innominada o genérica. (folios 1 a 14 archivo 08).

Entre tanto, SKANDIA S.A. dijo oponerse a todas las pretensiones incoadas en su contra. Al respecto, señaló que la vinculación realizada por la accionante a

la entidad que administra goza de plena validez, toda vez que se realizó acorde a los parámetros legales exigidos para la época de la afiliación, adicionalmente, estuvo precedida de la manifestación de un acto voluntario por parte de la demandante, siendo su decisión libre, voluntaria e informada permanecer en el régimen que representa.

Como excepciones formuló las de inexistencia de la buena fe, la genérica, prescripción y cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación.

Con el escrito de contestación SKANDIA S.A., efectuó llamamiento en garantía a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., el cual fue rechazado en auto de 21 de julio de 2022. (folios 2 a 24 y 58 a 63 archivo 10 y archivo 27).

PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda, arguyendo que el traslado realizado por la demandante ante sus dependencias fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación, la cual estuvo precedida de la explicación de las características de ese régimen, las implicaciones de su decisión sin que existan vicios en el consentimiento, lo cual se demuestra con la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993 y que se presume auténtico en los términos del artículo 243 y 244 del CGP, así como el Parágrafo del artículo 54 A del C.P.T. y de la S.S.

Propuso como excepciones las que denomino prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica. (folios 1 a 24 archivo 15).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

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

*"**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, en relación con la demandante señora MARIA PATRICIA GUTIERREZ ALZATE identificada con cédula de ciudadanía No. 51.639.595 debido al incumplimiento en el deber de información.*

***SEGUNDO: CONDENAR** a SKANDIA S.A. a trasladar la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, con destino a COLPENSIONES, incluyendo todos los montos por capital, réditos, sumas adicionales de la aseguradora, gastos de administración, bonos pensionales si los hubiere, y en general, todos los recursos que haya recibido, con motivo de las cotizaciones efectuadas al régimen de ahorro individual con solidaridad. Condena que se hace extensiva en lo pertinente a PORVENIR S.A. en lo que se refiere a los valores de cotizaciones efectuadas a favor de la demandante, durante el tiempo que estuvo afiliada a tal fondo de pensiones y que no hayan sido trasladadas a la AFP SKANDIA S.A., para que de esa forma sean trasladados todos los valores que cubrieron la totalidad de las cotizaciones que fueron efectuadas en el régimen de ahorro individual con solidaridad.*

***TERCERO: CONDENAR** a COLPENSIONES, a recibir los recursos condenados en los numerales que anteceden, y activar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida, con el establecimiento en semanas en tal régimen del mismo número de las que fueron cotizadas en el régimen de ahorro individual con solidaridad.*

***CUARTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por el extremo demandado.*

***QUINTO: CONDENAR EN COSTAS** de la instancia a las demandadas AFP PORVENIR S.A. y AFP SKANDIA S.A., practíquese la liquidación por secretaría, incluyendo los montos de Medio Salario Mínimo Legal Mensual Vigente, a cargo de cada una de las mencionadas, como valor de las agencias en derecho.*

Para arribar a dicha conclusión, el *a-quo* al auscultar si la AFP PORVENIR S.A. había cumplido con el deber de información que le asistía para la fecha de traslado de la demandante, hizo mención a los artículos 12 y 13 de la Ley 100 de 1993, además indicó que existen unas reglas determinadas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que han enfatizado que el deber de información siempre ha existido desde el nacimiento de los fondos, el cual está en cabeza de estos a efecto de que el potencial afiliado tenga conocimiento de las consecuencias que le conllevaría, que no es necesario tener derechos adquiridos o estar en régimen de transición, que la

prescripción no opera en esta clase de procesos y con la suscripción del formulario no da cuenta del cumplimiento del deber de información.

Así, al examinar el acervo probatorio indicó que podía colegir que la actora estuvo afiliada al ISS y que se había traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PORVENIR S.A. y que posteriormente se vinculó a SKANDIA S.A.; sin que del interrogatorio o de las demás pruebas documentales se pudiera encontrar acreditado el cumplimiento del deber de información por parte del fondo primigenio.

Por consiguiente, el Juez de primera instancia declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional a través de PORVENIR S.A., así como, la vinculación realizada con posterioridad a SKANDIA S.A., ordenando a los fondos privados llamados a juicio trasladar todas las sumas recibidas como valor de cotizaciones, gastos de administración y en general todos los recursos que hubieran recibido por motivo de cotizaciones, condenó en costas a los fondos privados.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión SKANDIA S.A. apeló parcialmente la sentencia de primer grado. Al respecto, manifestó su disenso frente a la condena de devolver los gastos de administración, aduciendo que conforme al artículo 20 de la Ley 100 de 1993, el 3% del IBC de los afiliados al régimen de ahorro individual con solidaridad se encuentra destinado a cubrir los gastos de administración y los seguros de invalidez y sobrevivientes, por lo que ordenar su reintegro sería una clara violación al principio constitucional de buena fe, confianza legítima y debido proceso, por lo que deben tenerse en cuenta las restituciones mutuas, puesto que esos valores ya tienen un titular definido por ley, más aún cuando estos ya generaron rendimientos.

COLPENSIONES en su alzada solicita se revoquen las condenas emitidas en su contra, explicando que la demandante se encuentra en la prohibición legal consagrada en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, adicionando que el traslado se efectuó de manera libre y voluntaria, por lo que las consecuencias de este acto no pueden ser asumidas por la entidad.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fue aportado el formulario de afiliación que efectuó la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A. el 26 de febrero de 1999 y el formulario mediante el cual se trasladó a SKANDIA S.A. el 1 de marzo del 2007, vinculaciones que se hicieron efectivas el 1º de abril de 1999 y el 1º de mayo del 2007, respectivamente, según el reporte SIAFP. (Folios 48

y 54 archivo 10 y folios 72 y 91 archivo 15). Formularios que, si bien refieren que la decisión se adoptó de manera libre y voluntaria, no acreditan que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *"Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado".*

Por otra parte, la demandante señora MARIA PATRICIA GUTIERREZ ALZATE en el interrogatorio de parte a ella practicado, expuso que en el año 1999 estando al servicio de la CLÍNICA COLSANITAS, ya existía la incertidumbre de la posible liquidación del ISS, de modo que en su lugar de trabajo le entregaron el formulario de afiliación a PORVENIR S.A. sin conocer si lo remitía el empleador o el fondo y sin que estuviera presente un asesor, el cual ella solo suscribió, sin recibir más información. Frente a su traslado a SKANDIA S.A., se dio porque iba a cotizar como independiente y terceros le dijeron que ese fondo tenía mejor financiamiento, más no por un asesoramiento de esa demandada; de otro lado, enfatizó que, si hubiera recibido toda la información necesaria de parte de los fondos privados, ella hubiera decidido de manera diferente.

De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna de parte de la actora sobre el pleno suministro de una debida información, luego, al ser el formulario de afiliación la única prueba relevante que advierta una información de PORVENIR S.A. al momento del traslado de la demandante, según lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es evidente la carencia probatoria de esa encartada para soportar la

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Así las cosas, deberá precisar la Sala que el traslado de régimen pensional que se hace ineficaz, alude al que realizó la actora el 1º de abril de 1999 a PORVENIR S.A., lo anterior, toda vez que en la parte resolutiva de la sentencia confutada no se aclaró frente a quien se predicaba la ineficacia del traslado de régimen, en esa mediada, igualmente esa decisión conlleva a dejar sin efecto el traslado horizontal que realizó la gestora a SKANDIA S.A.; en consecuencia, se adicionará al numeral primero de la sentencia en tal sentido.

De otro lado, cabe mencionar que no desatinó el *a quo* al ordenar a PORVENIR S.A. el reintegro a COLPENSIONES de los gastos de administración; sin embargo, la misma debe estar acompañada del retorno de las primas de seguros previsionales junto con el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima a prorrata del tiempo en que permaneció la actora en PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A., las cuales deberán devolver los anteriores conceptos debidamente indexados al momento de su pago.

Corolario de lo anterior, habrá de confirmarse en lo demás la sentencia objeto de censura. **COSTAS** en esta instancia a cargo de las recurrentes.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida el 7 de septiembre del 2022 por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, que declaró la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad de la demandante en razón al incumplimiento del deber información.

Para en su lugar, precisar que se declara ineficaz el traslado de régimen pensional que realizó la demandante a través PORVENIR S.A. el 1° de abril de 1999 y el subsiguiente traslado horizontal que llevó a cabo por medio de SKANDIA S.A. el 1° de mayo del 2007 en razón al incumplimiento del deber información, por las razones indicadas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia de primer grado, en el sentido de condenar a PORVENIR S.A. y a SKANDIA S.A. a devolver a COLPENSIONES lo correspondiente a gastos de administración, aportes al fondo de garantía de pensión mínima y primas por seguros previsionales en proporción al tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esos fondos de pensiones, sumas que deberán ser indexadas al momento de su devolución.

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

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes. Se fija como agencias en derecho la suma de $500.000 a cargo de SKANDIA S.A. y COLPENSIONES, y a favor de la parte actora, las cuales deberán ser incluidas

en la liquidación de costas al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral :	**1100131050 16 2021 00028 01**
Demandante:	JORGE ALCIDES HERNÁNDEZ ZAMBRANO
Demandado:	COLPENSIONES
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

AUTO:

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes, en contra de la sentencia proferida el 7 de agosto de 2022 por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor JORGE ALCIDES HERNÁNDEZ ZAMBRANO promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, a fin que se declare que el derecho pensional que se depreca dentro del presente asunto, es compatible con la pensión de jubilación que devenga actualmente en el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, de allí que le asiste derecho al reconocimiento y pago de una pensión vitalicia de vejez según disposiciones de los artículos 33 y 37 de la Ley 100 de 1993.

Por consiguiente, se le condene a COLPENSIONES reconocer y pagar pensión en un porcentaje del 74% o, el que resulte superior, del ingreso base de liquidación que sirvió de aportes durante los últimos 10 años, junto con el valor de las mesadas pensionales causadas desde la fecha en que se realizó la última cotización al sistema, esto es, febrero de 2020, hasta que sea incluido de manera efectiva en nómina de pensionados.

Asimismo, se le condene a la encartada al pago de intereses moratorios preceptuados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita* y costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que nació el 26 de agosto de 1957, así como que se encuentra vinculado como docente oficial afiliado al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO en propiedad desde el 18 de marzo de 1982, desarrollando de manera paralela la docencia en instituciones educativas de naturaleza privada.

Que cotizó como trabajador del sector privado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES un total de 1.558.71 semanas, al igual que en la actualidad se encuentra percibiendo una pensión de jubilación cuyo pago se encuentra a cargo del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, la cual fue reconocida a través de

la Resolución 7826 del 24 de noviembre de 2014, expedida por la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ.

Por último, sostuvo que solicitó a la encartada el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, que fue negada a través de diferentes actos administrativos con el argumento de que ya se encontraba devengando una pensión de jubilación a cargo del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, siendo esto constitutivo de incompatibilidad a la luz del artículo 128 de la Constitución Política.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición de las pretensiones formuladas en su contra, argumentando para lo pertinente que al aquí demandante le fue reconocida pensión de jubilación por parte de la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN mediante Resolución No. 7826 del 24 de noviembre de 2016, por lo que de conformidad con lo establecido en el artículo 128 de la Constitución y demás normas concordantes, nadie puede recibir más de una asignación que provenga del tesoro público.

Formuló como medios exceptivos los denominados inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, carencia de causa para demandar, buena fe, prescripción y caducidad y la innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 7 de agosto de 2023, resolvió:

> *"**PRIMERO: CONDENAR** a **COLPENSIONES** a reconocer y pagar la pensión de vejez de que trata el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003 al señor JORGE ALCIDES HERNÁNDEZ ZAMBRANO, a partir del 1º de marzo de 2020, en cuantía de $2.095.964 y*

sobre 13 mesadas anuales, más los incrementos legales conforme a lo expuesto en la parte considerativa de la presente sentencia.

***SEGUNDO: CONDENAR** a la demandada al pago del retroactivo pensional a favor del demandante liquidado entre el 1º de marzo de 2020 y el 30 de junio de 2022, el cual asciende a la suma de $64.238.215, el cual deberá ser pagado de forma indexada al momento de su inclusión en nómina.*

***TERCERO: AUTORIZAR** a **COLPENSIONES** para que descuente de la anterior suma, lo correspondiente a aportes en salud y traslade los valores correspondientes a la EPS a la cual se encuentra afiliado el demandante.*

***CUARTO: ABSOLVER** a **COLPENSIONES** de las demás pretensiones formuladas en su contra.*

***QUINTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por la demandada.*

***SEXTO: CONDENAR** a la demandada en costas. Para tal efecto, se liquidan como agencias en derecho la suma de 1 S.M.L.M.V.*

***SÉPTIMO:** De no ser apelada esta decisión se deberá consultar con el superior."*

Para arribar a dicha conclusión, expuso la falladora de instancia en primer lugar que, necesario es realizar un estudio de la compatibilidad de la pensión vitalicia de jubilación que viene percibiendo el demandante por parte del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO mediante la Resolución No. 7826 del 24 de noviembre de 2014, con la pensión legal de vejez pretendida dentro del presente juicio.

Para tal efecto, sostuvo que la referida pensión vitalicia de jubilación le fue reconocida al demandante de conformidad con lo establecido en los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969, 2831 de 2005, así como las leyes 33 de 1985, 91 de 1989 y 962 de 2005, en concordancia con lo estatuido en la Resolución 1352 de 2010.

Que teniendo en cuenta el reporte de semanas expedido por COLPENSIONES, se aprecia que el demandante acumuló a cotizaciones para empleadores del sector privado entre el 2 de abril de 1979 y el 29 de febrero de 2020, de allí que no quepa la menor duda que al haberse efectuado dichas cotizaciones exclusivamente al

sector privado, las cuales son diferentes a las tenidas en cuenta por parte del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO para el reconocimiento de la pensión vitalicia de jubilación, esta última resulta ser compatible con la legal que aquí se persigue en caso de que el actor ostente el derecho a su reconocimiento.

Seguidamente, relató que si bien en principio no es dable que una persona perciba más de una pensión, dado que es una limitación enmarcada por circunstancias taxativamente señaladas en la ley como es el caso de las previsiones contempladas en el artículo 133 de la Ley 100 de 1993 y la contenida en el artículo 128 de la Constitución Política; no obstante, el demandante fue afiliado al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO, el cual fue creado por la Ley 91 de 1989, encontrándose inmerso dentro del grupo exceptuado para la aplicabilidad de la mentada Ley 100 de 1993 como lo dispone el artículo 179 de la normativa en comento, de allí que se pueda entender que las pretensiones otorgadas por el MAGISTERIO en esencia son compatibles con pensiones de cualquier clase, pues en definitiva al tener dicha condición especial, el actor podía efectuar aportes tanto en el sector privado como en el sector público, sin que tal situación signifique una limitación para percibir alguna remuneración dentro de sistema general de pensiones, aspecto que por demás ha sido establecido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Que además el artículo 31 del Decreto 692 de 1994, compilado en el Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, se refirió con relación a esta compatibilidad, quedando así abierta la posibilidad para el caso de los educadores de acumular cotizaciones; sin embargo, no implica que los docentes deban escoger obligatoriamente uno de los dos regímenes existentes en materia de pensiones, sino que lo que allí se prevé es la posibilidad de solicitar la acumulación de los aportes efectuados en uno de esos regímenes con la finalidad de incrementar las prestación económica por vejez o, disfrutar ambas prestaciones, concluyendo entonces que la pensión de jubilación a favor del demandante fue reconocida con base en el tiempo público, por lo que la financiación de dicha prestación con la pensión legal de vejez que aquí se pretende son totalmente distintas, sin que

exista algún tipo de incompatibilidad, ni mucho menos la consagrada en el artículo 128 de la Constitución Política.

Que el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 establece que los docentes vinculados con posterioridad gozan de las previsiones legales contenidas en la Ley 100 de 1993 y para los docentes vinculados antes de aquella data aplican las disposiciones vigentes para el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO, situación en que la que encuentra jurídicamente el demandante como quiera que estuvo vinculado en esa calidad desde el 2 de abril de 1982, asentando entonces la no declaratoria de incompatibilidad.

Una vez definido lo anterior, la *a-quo* indicó que en razón de que no existe motivo o controversia frente a la legislación aplicable con la que el demandante pretende le sea resuelto su derecho pensional, dispuso la remisión a lo consagrado en el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 en lo que atañe a los requisitos pensionales del derecho prestacional por vejez, precisando que los reunió, en tanto, cumplió 62 años de edad el 26 de agosto de 2019 y cotizó un total de 1567.43 semanas por el periodo comprendido entre el 2 de abril de 1979 y el 29 de febrero de 2020; no obstante, al ser la última fecha de cotización el 29 de febrero de 2020, de conformidad con lo establecido en los artículos 13 y 35 del Decreto 758 de 1990, es pertinente que el actor disfrute del derecho a partir del 1º de marzo de 2020.

Seguidamente, refirió que en lo que concierne al monto de la primera mesada pensional, al haber superado el demandante 1250 semanas de cotizaciones, según los preceptos del artículo 21 de la Ley 100 de 1993, la liquidación debe efectuarse teniendo en cuenta el promedio de IBL de los últimos 10 años o el de toda la vida laboral, siéndole más favorable el IBL de los últimos años que arroja la suma de $2.931.029, y al aplicarle una tasa de reemplazo del 71.51%, la prestación refleja como primera mesada la suma de $2.095.964, la cual debe reconocerse sobre 13 mesadas anuales al cruzarse con posterioridad del Acto Legislativo 01 de 2005, lo que a su vez conlleva a que se genere un retroactivo pensional por el periodo comprendido entre el 1º de marzo de 2020 y el 30 de

junio de 2022 en valor de $64.238.215, sin perjuicio de las mesadas que se sigan causando a futuro.

En lo que atañe a los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, si bien los mismos se otorgan en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales, debe tenerse en cuenta que el actor solicitó el pago de la pensión de vejez ante COLPENSIONES el 3 de octubre de 2019, contando la encartada con 4 meses para resolver sobre el reconocimiento según lo indica el Parágrafo del artículo 9º de la Ley 797 de 2003, esto es, hasta el 3 de febrero de 2020, lo que hizo dentro del término resolviendo la petición negativamente mediante la Resolución SUB 330741 del 2 de diciembre de 2019 bajo la firme convicción de que la prestación reclamada es incompatible con la pensión vitalicia de jubilación que el actor persigue en la actualidad por parte del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO, lo cual hasta en la actualidad se dejó asentado que ambas pensiones son compatibles, de allí que no opere condena sobre esta figura de intereses, resultando entonces procedente la indexación de las mesadas pensionales consignadas como objeto de condena.

Por último, sostuvo que no hay lugar a declarar probadas ninguna de las excepciones propuestas por la demandada, particularmente la de prescripción, como quiera que no operó dicho fenómeno extintivo, pues que el actor ostentó la edad pensional el 26 de agosto de 2019, solicitó la prestación económica el 3 octubre de 2019, declarándose las mesadas otorgadas desde el 1º de marzo de 2020, presentándose la demanda el 22 de enero de 2021, aspectos por los que no operó el término trienal prescriptivo preceptuado en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión la parte demandante la apeló. Argumentó en su alzada encontrar inconformidad frente a la absolución de los intereses moratorios, como quiera que en el presente asunto no versa a que el actuar de COLPENSIONES se ciña a un interés propio, error o percepción de la norma, como quiera que el

precepto normativo en su artículo 279 de la Ley 100 de 1993 al igual que el decreto reglamentario son claros al disponer la compatibilidad pensional de los docentes afiliados al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO y, que a su vez, perciban emolumentos de empleadores de naturaleza privada, de allí que no se le pueda exonerar a la encartada para el reconocimiento y pago de intereses moratorios, más aún si la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en asuntos similares ha condenado a la entidad al pago de estos rubros.

COLPENSIONES por su parte esbozó en su alzada que con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 se encuentra expresamente prohibida la doble percepción de mesada pensional cuando se trata de cubrir la misma contingencia o riesgo como es el caso de la vejez, no siendo posible ser afiliado y pensionado al mismo tiempo al sistema de seguridad social.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales en legal forma y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta en que se estudia el asunto, en concordancia con los recursos de apelación interpuestos por las partes, la Sala deberá auscultar como problema jurídico principal si le asiste derecho al demandante al reconocimiento y pago de la pensión de vejez otorgado en primera instancia, en atención a la figura de compatibilidad en lo que concierne con la pensión de vitalicia de jubilación que en la actualidad se encuentra disfrutando y que fuese reconocida por el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO.

De salir avante lo anterior, habrá de determinarse los aspectos reconocidos en primer grado, tales como monto, fecha de causación, entre otros, teniendo en cuenta el grado jurisdiccional que se estudia el proceso en favor de COLPENSIONES.

En últimas, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, deberá analizarse la procedencia o no del reconocimiento y pago a su favor de los intereses moratorios reglados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

c. Del caso en concreto:

Para el análisis de los problemas jurídicos expuestos en precedencia, es menester que la Sala ponga de presente que no fue objeto de reproche que al aquí demandante mediante Resolución No. 7826 del 24 de noviembre de 2014, le fue reconocida una pensión vitalicia de jubilación a partir del del 27 de agosto de 2012 en cuantía inicial de $2.541.764.00, acto administrativo que evidencia que el actor acreditó tiempos públicos como educador (Fls. 7 a 9 – PDF 14 – CARPETA JUZGADO DE ORIGEN – PDF 14 ANEXO 3).

Tampoco el hecho que según se aprecia de la historia laboral allegada por COLPENSIONES actualizada a calenda 8 de julio de 2022, el demandante acreditó al sistema general de pensiones dentro del Régimen de Prima Media con Prestación Definida por intermedio de empleadores de carácter particular durante el periodo comprendido entre el 2 de abril de 1979 y el 29 de febrero de 2020 un total de 1.567.43 semanas (PDF 08 ANEXOS CORREO HISTORIAL LABORAL ACTUALIZADA).

d. De la compatibilidad de la pensión vitalicia de jubilación reconocida al demandante por el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO y la de vejez reconocida en sede de primera instancia atinente a una de vejez bajo las prerrogativas de que trata la Ley 797 de 2003.

Para lo pertinente, es menester poner de presente que debe tenerse en cuenta lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, el cual consagra:

> *"Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989,* ***cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración****." (Negrita fuera del texto)*

A su vez, el artículo 31 del Decreto 692 de 1994, dispuso:

> ***"Posibilidad de acumular cotizaciones en el caso de profesores****. Las personas actualmente afiliadas o que se deban afiliar en el futuro, al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio creado por la Ley 91 de 1989, que adicionalmente reciban remuneraciones del sector privado, tendrán derecho a que la totalidad de los aportes y sus descuentos para pensiones se administren en el mencionado Fondo, o en cualquiera de las administradoras de los regímenes de prima media o de ahorro individual con solidaridad, mediante el diligenciamiento del formulario de vinculación. En este caso, le son aplicables al afiliado la totalidad de condiciones vigentes en el régimen seleccionado".*

De la norma en cita se desprende que existe la posibilidad de que los profesores afiliados al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, que adicionalmente reciban remuneraciones del sector privado, pueden realizar los aportes a pensión en uno de los dos regímenes contemplados en la Ley 100 de 1993.

Al respecto, en la sentencia con Radicación No. 40848 del 6 de diciembre de 2011, traída a colación en la sentencia SL451-2013, Radicación No. 41001 del 17 de julio de 2013, nuestro máximo órgano de cierre expuso que no existen razones jurídicamente válidas para colegir que la pensión de jubilación oficial que se reconoce a un docente resulte incompatible con la pensión de vejez que pueda obtenerse del ISS hoy Colpensiones, por servicios prestados a instituciones de naturaleza privada. En aquella oportunidad, y luego de citar el artículo 31 del Decreto 692 de 1994, la alta Corporación precisó:

"(…) precepto reglamentario que sólo puede ser interpretado en su sentido natural y obvio, es decir, que los docentes oficiales vinculados a la entidad que maneja las pensiones de ese sector, si paralelamente laboran para una persona jurídica o natural de carácter privado, pueden afiliarse a una administradora de pensiones, cotizar a la misma, con el subsecuente efecto de que, al cumplimiento de las exigencias previstas en su régimen, accederán a las prestaciones propias del mismo.

"Además, los reglamentos del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES no restringen la viabilidad de que los profesores de establecimientos educativos de orden particular, aporten para obtener la pensión de vejez, sino que, más bien, de su examen lo que se colige es que son afiliados forzosos al régimen de prima media con prestación definida, de suerte que a sus empleadores se les impone el deber de vincularlos y sufragar las cotizaciones causadas, mientras permanezca vigente la relación laboral, (…)". (Subraya la Sala).

Línea jurisprudencial que se ha venido manteniendo en el tiempo a través de distintas decisiones, tales como la SL1968-2022, Radicación No. 88439 del 30 de marzo de 2022, SL2383-2022, Radicación No. 79768 del 12 de julio de 2022, SL393-2023, Radicación No. 92116 del 28 de febrero de 2023, entre otras, puesto que en términos generales los docentes afiliados al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO pueden de manera simultánea prestar servicios a instituciones privadas y, con ello financiar la pensión de vejez a cargo del ISS, siendo así clara la compatibilidad de esa pensión con la aquí perseguida por vejez dentro del sistema de seguridad social de que trata la Ley 100 de 1993 en la medida que las cotizaciones al ministerio fueron efectuadas por diferentes empleados del sector distrital y municipal, siendo así que su financiación provenga de diferente fuente.

Además, de vieja data la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha dicho que los dineros con que el ISS, hoy COLPENSIONES, paga las prestaciones que concede, no tiene la calidad de asignación proveniente del tesoro público, en tanto los aportes que sirven para su financiación no tienen origen en fondos de naturaleza pública, dado que son realizados por empleadores y trabajadores, por lo que en este aspecto se confirmará la sentencia consultada; circunstancia por la cual, la sentencia de primera habrá de confirmarse sobre este puntualísimo aspecto.

e. Del reconocimiento y pago de la pensión de vejez a la luz de los preceptos de la Ley 797 de 2003:

Pretende la demandante se reconozca y pague la pensión de vejez, advirtiéndose al respecto, que no adquirió prerrogativas pensionales antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, como quiera que si bien ostenta una densidad de semanas equivalentes a 1558.71, lo cierto es que nació el 26 de agosto de 1957 según se advierte de la copia de su cédula de ciudadanía y el registro civil de nacimiento (Fls. 4 a 5 CARPETA JUZGADO DE ORIGEN – PDF 03 ANEXO 02), cumpliendo 60 años de edad el mismo mes y día de la anualidad 2017, de allí que no tenga cabida alguna el régimen transicional consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues incluso atendiendo la ampliación de dicha transición según los preceptos del Acto Legislativo 01 de 2005, la misma finalizó el 31 de diciembre de 2014.

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

> *"**ARTÍCULO 9o.** El artículo 33 de la Ley 100 de 1993 quedará así:*
>
> *Artículo 33. Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:*
>
> *1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.*
>
> *A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.*
>
> *2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.*
>
> *A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o.de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.*

(…)"

De esta forma, palmario resulta entonces que el demandante nació el 26 de agosto de 1957, por lo que cumplió 62 años de edad el 26 de agosto de 2019, ostentando así el primer requisito para la causación del derecho pensional.

En lo que atañe a las semanas requeridas por la ley, se advierte que el señor JORGE ALCIDES HERNÁNDEZ ZAMBRANO cuenta con un total de 1567.43 semanas cotizadas a COLPENSIONES según se acredita en la Historia Laboral Consolidada expedida el 8 de julio de 2022 por la misma encartada, situación que conlleva a que se configure el tiempo requerido para acceder a la prestación pensional por vejez; en el caso del promotor, por cumplir 62 años de edad en el 26 de agosto de 2019 y haber acreditado como mínimo 1300 semanas de cotización.

f. De la fecha de disfrute y el monto de la mesada pensional:

En este punto, precisa la Sala que al igual que lo determinado por el fallador de instancia, el demandante durante toda su vida laboral acreditó un total de 1567.43 semanas, siendo su última cotización en el mes de febrero de 2020, reportando en esta última anualidad la novedad *"P"* al encontrarse percibiendo pensión vitalicia de jubilación por parte del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

Es por ello, que si bien no se reporta novedad de retiro por su último empleador que lo fue "FUNDACIÓN UNIVERSITARIA EXTERNADO DE COLOMBIA", como lo ha determinado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en algunas decisiones, siendo una de ellas la SL929-2019, Radicación No. 63203 del 20 de marzo de 2019, ante la voluntad del demandante de no continuar cotizando al sistema puede deducirse que se satisfizo con el requisito de que trata el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 para la adquisición de la prestación, pues esa especialísima situación puede entenderse como un retiro tácito.

Con este escenario y, como lo sostuvo la operadora de instancia, la pensión de vejez del demandante debió reconocerse a partir del 1º de marzo de 2020. Ahora, en lo que atañe al monto de la primera mesada pensional, de conformidad con lo consagrado en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, el promedio del IBL debe calcularse con toda la vida laboral o, con los últimos diez años, como quiera que el demandante cotizó más de 1250, y una vez confrontada la liquidación que realizara el Juzgado, se aprecia que la misma se ajusta a los presupuestos legales, lo que conlleva a que el monto pensional allí determinado se mantenga incólume, esto es, el valor de $2.095.964.

Por tal razón, se dispondrá ordenar a la entidad al reconocimiento y pago a razón de retroactivo pensional por el periodo comprendido entre el 1º de marzo de 2020 y el 31 de marzo de 2023 y sobre 13 mesadas pensionales al año la suma de $87.617.568.45, valor sobre el cual se autoriza a la encartada a fin de que realice los correspondientes descuentos en salud, rubro según los cálculos puestos de presente a continuación:

RETROACTIVO PENSIONAL						
Año	**Desde**	**Hasta**	**%**	**Valor mesada**	**No de Pagos**	**Retroactivo anual**
2020	1/03/2020	31/12/2020	3,80%	$ 2.095.964,00	11	$ 23.055.604,00
2021	1/01/2021	31/12/2021	1,61%	$ 2.129.709,00	13	$ 27.686.217,00
2022	1/01/2022	31/12/2022	5,62%	$ 2.249.399,00	13	$ 29.242.187,00
2023	1/01/2023	31/03/2023	13,12%	$ 2.544.520,15	3	$ 7.633.560,45
TOTAL						***$ 87.617.568,45***

El anterior retroactivo deberá continuar pagándose en adelante hasta que COLPENSIONES incluya en nómina de pensionados al actor y cancele lo de su cargo, situaciones todas por lo que habrá de adicionarse parcialmente la decisión primigenia sobre este puntualísimo aspecto.

g. Del pago de los intereses moratorios dispuestos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993:

Sea lo primero indicar, que en tratándose de pago de intereses moratorios dispuestos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la Corte en sentencia SL3405-

2021, Radicación No. 79723 del 27 de julio de 2021, fue específica sobre las situaciones de su aplicabilidad, al respecto señaló:

> *"Ahora, aun cuando la Sala entendiera que al confirmar la decisión de primer grado avaló la imposición de los mencionados réditos, lo cierto es que resultarían procedentes conforme a lo que se explica a continuación:*
>
> *El artículo 141 de la Ley 100 de 1993 dispuso que:*
>
> *A partir del 1o. de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta Ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectué el pago.*
>
> *Tales réditos tienen una naturaleza resarcitoria y no propiamente sancionatoria, dado que buscan subsanar económicamente al acreedor por la mora del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones. Dicho, en otros términos, corresponden a una compensación encaminada a aminorar los efectos adversos que produce la mora del deudor en el cumplimiento de las obligaciones (CSJ SL13388-2014 y CSJ SL7893-2015).*
>
> *En tal dirección, se ha precisado que se deben imponer al margen de la buena o mala fe en que haya incurrido la administradora, siempre que se demuestre el retardo injustificado por parte del obligado.*
>
> *Además, la jurisprudencia ha establecido una serie de eventos en los que se exceptúa su pago. En efecto, la Sala ha puntualizado algunas circunstancias en las que se releva el pago de los intereses moratorios, entre estas, cuando se niega la pensión con apego minucioso a la ley vigente o cuando la prestación se otorga en virtud de un cambio jurisprudencial, dado que la entidad obligada no podía prever el nuevo entendimiento o interpretación dada a la norma que regula el derecho pensional (CSJ SL5079-2018, reiterada en CSJ SL4103-2019 y CSJ SL1346 de 2020)."*

Analizado entonces el caso de marras, se configuró un actuar indebido por la encartada, en tanto, como se expuso a lo largo de estas consideraciones, palmario resulta que por misma disposición legal en los términos de que trata el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 31 del Decreto 692 de 1994, la norma permite la compatibilidad de la que se aqueja COLPENSIONES.

De otra parte, la alta Corporación en un asunto de similares contextos fácticos y petitorios de cara al reconocimientos y pago de una pensión de vejez en el sistema

de seguridad social en pensiones, de una persona que ya se encontraba pensionada por el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, en lo que concierne al pago de intereses moratorios dentro de la decisión SL3359-2020, Radicación No. 77896 del 31 de agosto de 2020, asentó:

> *"En conclusión, como quedó establecido que la AFP Protección S. A. debe pagar al reclamante la pensión de vejez, procede el pago de los intereses moratorios, toda vez que estos, siguiendo el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, se materializan cuando existe mora en el pago total de las mesadas pensionales, pues solo en casos excepcionales se ha aceptado su improcedencia, por ejemplo, cuando la entidad administradora se abstiene de reconocer la prestación ante la existencia de una controversia entre posibles beneficiarios (ver sentencias CSJ SL11940-2017; CSJ SL704-2013; CSJ SL13369-2014 y CSJ SL14528-2014) o cuando el debate gira en torno a una preceptiva de orden legal vigente para el momento en que se cumplió la reclamación por el interesado y el derecho se otorga bajo un criterio de origen jurisprudencial (CSJ SL4403-2018 y CSJ SL12207-2016, que reiteran las sentencias CSJ SL10504-2014 y CSJ SL10637-2014), presupuestos que en este caso no se cumplen."*

Es por ello que, a contrario a lo dispuesto por la operadora de instancia, a juicio de esta Sala goza de prosperidad la condena por concepto de intereses moratorios; circunstancia por la cual, conforme se acredita de las Resoluciones SUB 330741 del 2 de diciembre de 2019, SUB 1240 del 3 de enero de 2020 y SUB 67628 del 10 de 2020, palmario resulta que la solicitud de reconocimiento pensional la elevó el demandante el 3 de octubre de 2019 (Fls. 1 a 9 y 12 a 22 – CARPETA JUZGADO DE ORIGEN – PDF 02 ANEXO y fls. 1 a 8 CARPETA JUZGADO DE ORIGEN – PDF 04 ANEXO 03), de allí que en principio al tenor del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 la condena debería imponerse a partir del 4 de febrero de 2020.

No obstante, teniendo en cuenta que el derecho pensional se reconoce a partir del 1º de marzo de 2020, fecha en que efectuó la última cotización al sistema general de pensiones y que por demás fue tenida en cuenta en aras de liquidar la prestación, los intereses moratorios serán reconocidos también a partir del 1º de marzo de 2020 y hasta que se haga efectivo el pago correspondiente respecto de las mesadas adeudadas por COLPENSIONES, aspecto que a su vez conlleva a que

la indexación determinada en primer grado no se ordene ante la prosperidad de los intereses moratorios objeto de estudio.

h. De la excepción de prescripción:

Por último, como lo determinó la *a-quo*, de conformidad con lo establecido en los artículos 488 y 489 del C.S.T., así como el 151 del C.P.T. y de la S.S., no operó el fenómeno prescriptivo trienal, toda vez que al reconocerse la pensión a partir del 1º de marzo de 2020, haber elevado el actor solicitud pensional el 3 de octubre de 2019 como dan cuenta las resoluciones SUB 330741 del 2 de diciembre de 2019, SUB 1240 del 3 de enero de 2020 y SUB 67628 del 10 de 2020 y haberse presentado la demanda el 22 de enero de 2021 como da cuenta la correspondiente Acta individual de reparto, se puede colegir que las actuaciones en el asunto de marras se llevaron a cabo dentro de los tiempos dispuestos en la norma, sin que hubiese operado prescripción sobre ninguna de las mesadas pensionales reconocidas.

COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES al no gozar con vocación de prosperidad su recurso de alzada.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA TERCERA 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 primero de la sentencia proferida el el 7 de agosto de 2022 por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, en el sentido de CONDENAR a COLPENSIONES a razón de retroactivo pensional por el periodo comprendido entre el 31 de marzo de 2020 y el 31 de

marzo de 2023 y sobre 13 mesadas pensionales anuales, la suma de $87.617.568.45, sin perjuicio de las que se causen en adelante hasta que se efectúe el pago correspondiente, todo de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente decisión, con los respectivos descuentos de aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral cuarto de la sentencia apelada, en el sentido de **CONDENAR** a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de los intereses moratorios estatuidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 a partir del 1º de marzo de 2020 y hasta que se efectúe el pago correspondiente e inclusión en nómina de pensionados al demandante, según lo expuesto en las consideraciones de esta motiva.

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior, **ABSOLVER** a **COLPENSIONES** de la indexación dispuesta en primer grado.

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

QUINTO: COSTAS en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES**. Se fija como agencias en derecho la suma de $1.000.000.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral :	**1100131050 17 2020 00267 01**
Demandante:	PEDRO EDUARDO USAQUÉN VÁSQUEZ
Demandado:	LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, COLPENSIONES y SKANDIA S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

AUTO:

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 25 de julio de 2022 por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el presente proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO y COLPENSIONES de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor PEDRO EDUARDO USAQUÉN VÁSQUEZ promovió demanda ordinaria laboral en contra de LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, COLPENSIONES y la AFP SKANDIA S.A., a fin de declararse que le asiste derecho al pago de la devolución de aportes incluyendo el tiempo cotizado a COLPENSIONES de conformidad con lo establecido en la Ley 100 de 1993.

En virtud de ello, se le ordene a LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO y COLPENSIONES emitir bono pensional a favor de la AFP SKANDIA S.A., ordenándosele a su vez a esta última reconocer, ordenar y pagar la devolución de aportes pendientes por cancelar, incluido el bono pensional a que tiene derecho.

Asimismo, se condene a las encartadas reconocer y pagar los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, al pago de costas procesales y lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

Como pretensiones subsidiarias, estima se declare que le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, junto con la indexación.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que nació el 1º de octubre de 1954, afiliándose al extinto ISS el 12 de marzo de 1987 y cotizando al Régimen de Prima Media con Prestación Definida hasta el 31 de mayo de 1995.

Que con posterioridad, en el año 2002, efectuó cotizaciones en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de PORVENIR S.A.,

afiliándose en el año 2003 a SKANDIA S.A., así como que de manera alternada laboró y cotizó con el MAGISTERIO OFICIAL COLOMBIANO, último quien mediante Resolución No. 2466 del 1º de diciembre de 2014 le reconoció pensión vitalicia de jubilación por aportes efectuados a las entidades del Estado, donde laboró como docente oficial.

Seguidamente, relató que para el reconocimiento y pago de la pensión vitalicia de jubilación no fueron tenidos en cuenta los periodos cotizados a COLPENSIONES desde el 13 de marzo de 1987 hasta el 31 de mayo de 1995, así como que la encartada SKANDIA S.A. le canceló la suma de $124.770.587.53 por concepto de devolución de aportes, pero sin incluir en la liquidación los tiempos cotizados al ISS.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición de las pretensiones formuladas, bajo el entendido que de conformidad con lo establecido en el artículo 128 de la Constitución Nacional, nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que prevenga del tesoro público, de empresas industriales o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley. Que en el mismo sentido, el artículo 17 de la Ley 549 de 1999 dispone que todos los tiempos laborados o cotizados en el sector público y los cotizados al ISS serán utilizados para financiar la pensión, así como que en el evento donde no se incluya ningún tiempo para el reconocimiento de la pensión y, por ende, no sea incluido en el cálculo del bono pensional o no proceda la expedición del mismo, se entregará a quien se le reconozca la pensión.

Por tal razón, el aquí demandante no podrá recibir una asignación pensional diferente a la que actualmente se encuentra disfrutando, y en caso de que esta prohibición no sea tenida en cuenta, tampoco puede perderse de vista que el actor se trasladó de régimen pensional en el año 1995, de allí que el eventual

derecho a una devolución de aportes es competencia de la AFP donde se encuentra afiliado dentro del régimen privado.

Formuló las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y la innominada o genérica.

LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO por su parte indicó que al demandante no le asiste derecho al reconocimiento y pago de un bono Tipo A como quiera que en la actualidad goza de una pensión de jubilación reconocida por el FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. Igualmente, refirió que según registros el actor se afilió de manera errada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 10 de abril de 1995 a través de SKANDIA S.A., y al hacer parte del régimen exceptuado de que trata el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, no podía afiliarse al sistema general de pensiones concebido en la mentada Ley 100.

Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y prescripción.

SKANDIA S.A. se opuso a las súplicas de la demanda argumentando que como administradora pensional realizó la respectiva devolución de saldos a solicitud del demandante y en la oportunidad pertinente, por lo que, el hecho de no incluir los tiempos que pretende el demandante fue una decisión tomada única y exclusivamente por parte de la Oficina de Bonos Pensionales de LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.

Impetró como medios exceptivos los de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, compensación y buena fe.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 25 de julio de 2022 declaró no probadas las excepciones de inexistencia del

derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, compensación y prescripción formuladas por las encartadas.

Por ende, ordenó a LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO – OFICINA DE BONOS PENSIONALES, constituir a favor del demandante un bono pensional Tipo A y trasladarlo con destino a SKANDIA S.A. con la finalidad que obre dentro de la cuenta de ahorro individual conforme los aportes efectuados por el afiliado al régimen del entonces ISS durante el periodo comprendido entre el 12 de marzo de 1987 y el 31 de marzo de 1994, al igual que dispuso que COLPENSIONES contribuyese con la cuota parte financiera del bono pensional que debe expedir el ente ministerial por el periodo comprendido entre el 1º de abril de 1994 y el 31 de mayo de 1995.

Asimismo, condenó a SKANDIA S.A. que una vez obtenido el pago del bono pensional ordenado, efectúe la devolución de aportes, valor que deberá ser debidamente indexado entre el momento de recibo del bono pensional y el pago efectivo a favor del afiliado en ese régimen pensional, aclarando que la orden de indexación impartida, que es la orden adicional a la devolución, tendrá efecto desde el momento en que SKANDIA S.A. reciba el bono pensional hasta que lo cancele al actor de manera efectiva, así como que absolvió a las encartadas sobre el pago de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Para arribar a dicha conclusión, el operador de instancia indicó que el sistema general de pensiones creado en virtud de la Ley 100 de 1993 consagró un modelo dual en el régimen de pensiones conformado por dos regímenes pensionales excluyentes entre sí y con características propias como lo son el de Prima Media con Prestación Definida a cargo de COLPENSIONES y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad que se encuentra a cargo de las entidades administradoras privadas.

Que entre las características del Régimen de Prima Media con Prestación Definida se encuentra la consagrada en el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, la

cual dispone que los aportes de los afiliados y sus rendimientos constituyen un fondo común de naturaleza pública, que garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados, los respectivos gastos de administración y la constitución de reserva de acuerdo con lo dispuesto en la ley, mientras que el artículo 20 de la misma normativa, modificado a su vez por el artículo 7º de la Ley 797 de 2003, consagra la manera como debe expedirse la cotización para el cubrimiento de las contingencias de invalidez, vejez y muerte, estatuyendo que el Gobierno Nacional reglamentará el funcionamiento de lo pagado en el Instituto de los Seguros Sociales y demás entidades administradoras de Prima Media, de manera que en ningún caso se puedan utilizar recursos de las reservas de pensión de vejez para gastos administrativos u otros fines distintos.

Que caso contrario, sucede en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como quiera que entre sus características más importantes se encuentran tales como que las prestaciones a su cargo dependerán de los aportes de los afiliados y los empleadores, más los rendimientos financieros y de los subsidios del Estado cuando a ello hubiere lugar, por lo que el reconocimiento de derechos pensionales no se encuentra supeditado a requisitos de edad, ni de cotizaciones, cada afiliado solo puede tener una cuenta de ahorro individual, en principio del desarrollo de la solidaridad el Estado tendrá a su cargo los recursos que sean necesarios a fin de garantizar el pago de pensiones mínimas cuando la capitalización de los aportes de los afiliados y sus rendimientos financieros no sean suficientes y aquellos cumplan con las condiciones requeridas para el efecto, los afiliados podrán escogerse y trasladarse libremente entre entidades administradoras y seleccionar la aseguradora con la cual contraten la renta de su pensión, los afiliados solo podrán cotizar a una administradora aunque presten servicios a varios empleadores o, sean a las vez trabajadores dependientes o independientes.

Que en tal sentido, existe la exigencia legal de efectuar un mínimo de cotizaciones como requisito para acceder a las prestaciones económicas que

consagra el sistema a favor de quien pierde la capacidad laboral o de la calamidad con la desaparición de alguno de sus integrantes en plena actividad productiva, así como que en principio la sostenibilidad financiera tiene a su vez como eje fundamental que se forme con el tiempo un capital de tal dimensión que permite financiar las prestaciones de posteriormente se habrán de asumir, las reservas deberán ser gestionadas por las administradoras de pensiones, por lo que, los rendimientos pasan a formar parte de ese fondo.

De otra parte, refirió que, en materia de bonos pensionales, el artículo 115 de la Ley 100 de 1993 los define y clasifica como aportes destinados a contribuir la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al sistema general de pensiones, al igual que se distinguen dependiendo de los eventos, y en igual sentido el artículo 16 del Decreto 1299 de 1994 define lo concerniente a bonos pensionales y cuotas partes a cargo de la Nación.

Por tal razón, adujo que teniendo en cuenta la historia laboral del aquí demandante emitida por COLPENSIONES, este efectuó aportes al ISS por el periodo comprendido entre el 12 de marzo de 1987 y el 31 de mayo de 1995, por lo que, bajo tal apremio, le corresponde a LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, como emisor de bonos pensionales, constituir el bono pensional Tipo A sobre los periodos comprendidos entre el 12 de marzo de 1987 y el 31 de marzo de 1994 y entre el 1º de abril de 1994 y el 31 de mayo de 1995, calenda en que el demandante efectuó el traslado de régimen pensional al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad vinculándose con la AFP PORVENIR S.A., bono que estará a cargo de COLPENSIONES en el entendido de contribuir al ente ministerial con la cuota parte correspondiente, iterando que dicho ministerio deberá expedir el bono pensional por la totalidad de su valor.

Que además debe imponerse la obligación de trasladar el bono a la AFP SKANDIA S.A., quien deberá aceptarlo y proceder a la reliquidación del valor

de la devolución de aportes que ya cubrió al demandante y que le fue cuantificado al actor en la suma de $124.770.587.53, precisando además que según los apremios del artículo 66 de la Ley 100 de 1993, en lo que respecta a la devolución de saldos, según se desprende de la cédula de ciudadanía del actor, el mismo cumplió 72 años de edad el 1º de octubre de 2016, por lo que es merecedor de lo pretendido.

Por ello, advirtió que debe ordenársele a SKANDIA S.A. que una vez obtenga en la cuenta de ahorro individual del demandante la constitución y pago del bono pensional por parte del ente ministerial, reajuste a favor de éste la totalidad de los valores que hubiese recibido con motivo de su vinculación para efecto de determinar cuál sería el saldo pendiente a su favor teniendo en cuenta el valor que sea trasladado, monto sobre el cual deberá incluirse la indexación al momento del pago.

En otro argumento, expuso resultar importante destacar que habiéndose presentado discusión respecto de la compatibilidad de la pensión de jubilación reconocida por el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO al demandante con la devolución de saldos ordenados en la presente decisión, el artículo 31 del Decreto 692 de 1994 establece la posibilidad de acumular cotizaciones en el caso de los docentes, esto es, que un docente oficial además que estar cubierto por el fondo del Magisterio, de tener otra vinculación de orden privado puede ser afiliado al sistema general de pensiones reglado por la Ley 100 de 1993 y, en tal sentido, no existe incompatibilidad entre la pensión de jubilación y de vejez que se reconoce en virtud de la Ley 797de 2003 que sería la norma aplicable al caso que nos ocupa, aspecto incluso acompasado por decisiones de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Concluyó entonces, la imposición de la obligación a LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO de emitir el bono pensional y trasladarlo a SKANDIA S.A., en aras de que este último reajuste la devolución de saldos con

el tiempo que el actor cotizó al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y que corresponde a 252.86 semanas.

Negó el pago de los intereses moratorios a la luz de lo estatuido en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, toda vez que esta imposición opera para el retardo en el pago de mesadas pensionales y no respecto del asunto aquí deprecado como es el pago de una devolución de saldos, siendo procedente entonces en su lugar la imposición de la indexación.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión COLPENSIONES la apeló. Argumentó en su alzada que la decisión de primer grado carece de fundamento ante la falta de legitimación en la causa por pasiva ya que como entidad administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida es un tercero de buena fe, máxime si el aquí demandante pertenece al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de la SKANDIA S.A., por lo que es esta AFP quien tiene la obligación de llevar a cabo todas las acciones correspondientes para el pago de la devolución de saldos del actor.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales en legal forma y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta que se analiza el asunto de marras respecto de COLPENSIONES y LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO

PÚBLICO, en concordancia con el recurso de apelación interpuesto por la mentada COLPENSIONES, la Sala deberá auscultar como problema jurídico principal si le asiste derecho al aquí demandante señor PEDRO EDUARDO USAQUÉN VÁSQUEZ al reconocimiento y pago de la devolución de saldos deprecada en cabeza de la AFP SKANDIA S.A. sobre el periodo cotizado ante el extinto ISS, así como la responsabilidad por parte de LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO la obligación de emitir, liquidar y pagar el bono pensional.

De salir avante lo anterior, deberá determinarse la responsabilidad endilgada a COLPENSIONES en lo que atañe a la cuota parte de la emisión del bono pensional Tipo A respecto de LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO con destino a la AFP SKANDIA S.A. para el reconocimiento y pago de la devolución de saldos.

c. Del caso en concreto:

Previo al abordaje de los aspectos a dilucidar en el asunto *sub examine*, es menester que la Sala precise en primer lugar, que no fue objeto de reproche que el aquí demandante se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida por intermedio del extinto ISS a partir del 12 de marzo de 1987, de allí que hubiese efectuado dentro del régimen público un total de cotizaciones de 252.86 semanas y que versan sobre el periodo comprendido entre el 12 de marzo de 1987 y el 31 de mayo de 1995, según da cuenta la historia laboral acreditada por COLPENSIONES con fecha de actualización del 16 de septiembre de 2020 (Fls. 38 a 42 – PDF 06 CONTESTACIÓN COLPENSIONES).

Tampoco el hecho que al actor el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO mediante Resolución No. 2466 del 1º de diciembre de 2014, le reconoció y pagó una pensión vitalicia de jubilación a partir del 16 de febrero de 2013 en cuantía inicial de $996.956, prestación donde se tuvo en cuenta tiempos exclusivamente laborados al sector público tales como la ALCALDÍA MUNICIPAL DE SOACHA, el DEPARTAMENTO DE

CUNDINAMARCA y el mismo FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (Fls. 13 a 15 – PDF 03 DEMANDA y fls. 22 a 24 – PDF 08 CONTESTACIÓN SKANDIA).

Que LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO mediante escrito con radicación No. 2-2018-040138 del 6 de noviembre de 2018 comunicó al demandante la negativa de la emisión del bono pensional Tipo A deprecado en la presente acción por el periodo comprendido entre el 12 de marzo de 1987 y el 31 de marzo de 1994, bajo el entendido que se encuentra pensionado por el parte del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, de ahí que, al pertenecer a un régimen exceptuado, de conformidad con lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 no podía afiliarse al sistema general de pensiones concebido en la mentada Ley 100, situación de negativa que se acompasa con la comunicación también brindada al actor por parte de SKANDIA S.A. el 31 de octubre de 2018, donde se le manifestó que confrontado el sistema interactivo de la Oficina de Bonos Pensionales del ente ministerial encartado, no resultaba procedente la emisión del bono pensional en la medida que se encontraba pensionado por ente distinto a COLPENSIONES, por lo que no era compatible la emisión del bono (Fls. 223 a 30 – PDF 07 CONTESTACIÓN HACIENDA y Fls. 68 a 69 – PDF 08 CONTESTACIÓN SKANDIA).

Mucho menos el hecho que en atención del cambio de régimen que llevase a cabo el demandante con destino al Régimen de Ahorro Individual con posterioridad al mes de marzo de 1995, la encartada AFP SKANDIA S.A., última donde el actor se afilió, el 27 de junio de 2017 dispuso cancelarle a razón de devolución de saldos en los términos del artículo 66 de la Ley 100 de 1993 la suma de $124.770.587.53, ello en atención de los aportes que realizara como dependiente de distintos empleados dentro del sistema general de pensiones, tal como da cuenta la certificación emitida por la AFP el 14 de agosto de 2018, así como que el actor nació el 1º de octubre de 1954 según se aprecia de la copia del registro civil de nacimiento y la copia de su cédula de ciudadanía (Fls. 11 y 12 – PDF 03 DEMANDA y fls. 20 y 73 – PDF 08 CONTESTACIÓN SKANDIA).

d. De la devolución de saldos y la emisión del Bono Pensional Tipo A:

El artículo 66 de la Ley 100 de 1993 contempla la devolución de saldos, para quienes, a las edades previstas para acceder a la pensión de vejez, no hayan cotizado el número de semanas exigidas, y no hayan acumulado el capital necesario para financiar una pensión por lo menos igual al salario mínimo. Asimismo, el precepto normativo señala que tendrán derecho a la devolución del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos financieros y el valor del bono pensional, si a este hubiera lugar, o a continuar cotizando hasta alcanzar el derecho.

La Sala de la Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL451-2013, Radicación No. 41001 del 17 de julio de 2013, consideró que tanto el bono pensional como la devolución de saldos son conceptos que no resultan excluyentes. Sobre el particular señaló:

> "*Por lo mismo, cuando la norma condiciona la inclusión del bono pensional dentro de la devolución de saldos, a través de la expresión "si a este hubiere lugar", no hace cosa diferente a prever que* ***su cómputo debe partir de la base de que hubiera sido posible emitirlo, para financiar una eventual pensión de vejez. En otras palabras, cuando es viable pagar un bono pensional para financiar una potencial pensión de vejez, porque se dan las condiciones legales necesarias para esos efectos, esa erogación también puede ser comprendida dentro del cálculo de una devolución de saldos, pues hace parte del capital del afiliado acumulado dentro de su cuenta de ahorro individual***" (Subraya la Sala).

De lo anterior se concluye que como el bono pensional hace parte integral para la financiación de una pensión de vejez en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, también lo es su inclusión en el cálculo de la devolución de saldos, siempre que haya lugar a su procedencia.

En lo tocante el bono pensional, se debe recordar que conforme lo establece el literal h) del artículo 60 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 2º del Decreto 1299 de 1999, cuando una persona se traslada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tiene derecho al reconocimiento del bono

pensional, cuando haya efectuado aportes o cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales, a cajas, fondos o entidades del sector público, cuente con tiempos de servicio público, o trabaje en empresas del sector privado que tienen a su exclusivo cargo de las pensiones de sus trabajadores; siempre y cuando, al momento del traslado haya cotizado por lo menos 150 semanas de forma continua o discontinua, según lo erige el parágrafo del artículo 2º del Decreto 1299 de 1994.

Asimismo, se tiene que cuando la primera vinculación laboral de la persona se haya efectuado antes del 1º de julio de 1992, tienen derecho a la emisión y expedición de los Bonos Pensionales Tipo A Modalidad 2, acorde lo indica el artículo 1º del Decreto 1748 de 1995, regulados por el artículo 16 del Decreto 1299 de 1994, normativa acorde a la cual le corresponde a La Nación emitir los bonos pensionales de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, cuando la responsabilidad se encuentre a cargo del Instituto de Seguros Sociales, CAJANAL o cualquier otra Caja o Fondo del Sector Público, siendo del resorte del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO reconocer, liquidar, emitir y pagar el respectivo bono pensional.

De otra parte, el artículo 1º del Decreto 1299 de 1994, estableció que el bono pensional se redimirá cuando ocurra alguna de las siguientes circunstancias: (i) Cuando el afiliado cumpla la edad que se tomó como base para el cálculo del respectivo bono pensional, (ii) Cuando se cause la pensión de invalidez de sobrevivencia, y (iii) Cuando haya lugar a la devolución de saldos de conformidad con la Ley 100 de 1993.

Ahora, para que se pueda generar la redención del bono pensional, es indispensable la constitución de alguno de los presupuestos aludidos en el artículo 20 del Decreto 1748 de 1995, esto es que: el afiliado cumpla 62 años, o luego de haber cumplido 500 semanas después del traslado de régimen sí a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones tenía 55 o más años de edad de ser hombre o 50 o más si es mujer, o en la fecha en que completaría

las 1000 semanas de vinculación laboral válida, suponiendo que trabajara ininterrumpidamente desde la fecha del traslado.

Sin embargo, hay lugar a la redención anticipada del bono, acorde lo prevé el artículo 16 del Decreto 1748 de 1995, modificado por el artículo 5º del Decreto 1513 de 1998, en el caso de fallecimiento o declaratoria de invalidez del beneficiario del bono o cuando se den los presupuestos previstos en los artículos 72 y 78 de la ley 100 de 1993, para la devolución de saldos.

En otro giro, el Órgano de cierre en lo atinente al bono Tipo A, el cual por demás tiene como soporte primario lo estatuido en el artículo 115 de la Ley 100 de 1993, en sentencia SL3127-2022, Radicación No. 90126 del 3 de agosto de 2022, enfatizó el procedimiento para su liquidación, emisión y expedición del bono

> *"Ahora bien, esta Corporación también ha dejado por sentado, en lo tocante al bono pensional, regulado en el artículo 115 de la Ley 100 de 1993, que representa el valor de los tiempos de servicio o cotización de un trabajador que se traslada de régimen y que en el R.A.I.S., se denomina bono tipo A, el cual para su consolidación depende de la información de la historia laboral, para que una vez afianzada y confirmada por los empleadores permita la emisión del bono, a efectos de que el mismo en la fecha correspondiente, sea redimido y pagado (CSJ SL5658-2021, CSJ SL2686-2021, CSJ SL2512-2021).*
>
> *A este respecto, la Sala, en providencia CSJ SL4305-2018, razonó:*
>
> *1) Del procedimiento para la liquidación, emisión y expedición de los bonos pensionales tipo A:*
>
> *Para que el valor del bono haga parte del capital de financiación de la pensión, han de agotarse las siguientes etapas: a) conformación de la historia laboral del afiliado; b) solicitud y realización de la liquidación provisional; c) aceptación por parte del afiliado de la liquidación provisional; d) emisión; e) expedición; f) redención y g) pago del bono pensional. A continuación, se describirán brevemente cada una ellas:*
>
> *a) Una vez el beneficiario del bono realiza la solicitud, de conformidad con lo previsto en el artículo 22 del Decreto 1513 de 1998, el primer paso para la tramitación del bono pensional es la conformación de la historia laboral del afiliado, que se realiza mediante la información que*

éste suministra a su AFP y la información que la AFP solicita a las entidades a las cuales el trabajador realizó cotizaciones diferentes al ISS.

La información así obtenida es ingresada por la AFP al Sistema Interactivo que para el efecto tiene la OBP. La información sobre cotizaciones realizadas por el trabajador al ISS se obtiene del archivo masivo que para el efecto tiene el ISS. Si se presenta alguna variación posterior de esta información y así lo certifica el ISS, la AFP debe digitar esta nueva información en el Sistema Interactivo de la OBP.

b) Conformada la historia laboral, la AFP, en representación del afiliado, debe solicitar al emisor del bono pensional la liquidación de éste, para lo cual debe definir el salario base para el cálculo del bono pensional.

c) Con esta información, la OBP realiza un cálculo del valor del bono a la fecha de corte, cálculo que denomina liquidación provisional. Antes de la emisión del bono pensional se pueden producir diversas liquidaciones provisionales, dependiendo de la información y de la aceptación de la misma por parte del afiliado. Según lo dispone el inciso 9º del artículo 52 del Decreto 1748 de 1995, ***la liquidación provisional no constituye una situación jurídica consolidada.*** *(negrilla fuera de texto)*

d) Realizada la liquidación provisional, la AFP debe darla a conocer al afiliado, para que éste la apruebe y la firme de conformidad con lo estipulado en el artículo 7° del Decreto 3798 de 2003. Si no está de acuerdo, el afiliado debe explicar a la AFP sus razones para que se efectúen las correcciones a que haya lugar. Efectuados los ajustes, debe realizarse una nueva solicitud a la OBP de liquidación provisional.

e) Producida la aprobación de la liquidación provisional por parte del afiliado, la AFP debe requerir a la OBP la emisión del bono pensional, la cual se realiza mediante resolución por parte del emisor, en la que se consagran los datos básicos del bono pensional y los valores calculados a esa fecha, los cuales pueden variar.

f) La expedición del bono pensional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto 1513 de 1998, es el momento en que se suscribe el título físico o del ingreso de la información a un depósito central de valores, en el caso de la expedición desmaterializada de títulos. Un bono emitido se expide en uno de los siguientes tres casos: (1) por redención normal del bono pensional tipo A que se produce cuando el afiliado, cumple 62 años, si es hombre, o 60 años, si es mujer, o cuando el mismo completa mil semanas de vinculación laboral válida para el bono; (2) por redención anticipada del bono pensional tipo A que ocurre cuando el afiliado fallece, es declarado inválido, o no cumple con el requisito de las semanas exigidas para obtener la garantía de la pensión mínima ni cuenta con el capital suficiente para adquirir una pensión; y (3) por solicitud de la AFP, una vez ésta ha obtenido autorización escrita del

afiliado para negociar el bono con el fin de obtener una pensión anticipada.

g) Por último, se produce el pago del bono pensional a la AFP, que consiste en el depósito de los dineros en la cuenta de ahorro individual del beneficiario.

2) De la historia laboral y las certificaciones válidas para liquidar los bonos pensionales:

En este orden de ideas se tiene que dentro del trámite para la expedición de bonos pensionales Tipo A se ha de cumplir con la conformación de la historia laboral del afiliado, puesto que, para la liquidación y emisión del bono, se utilizará aquella información laboral que haya sido confirmada directamente por el empleador o caja, fondo o entidad que deba dar certificación, según el caso, de forma oportuna. O aquella certificada a tiempo que no haya sido negada por alguno de estos, art. 52 del D. 1748 de 1995, modificado por los artículos 14 del Decreto 1474 de 1997 y 22 del D. 1513 de 1998.

Conforme al citado artículo 52, una vez el beneficiario eleva ante la AFP una solicitud de trámite de bono pensional, esa entidad debe establecer la historia laboral del afiliado con base i) en la información que este le haya suministrado y los archivos que la entidad posea y, ii) en toda la información laboral que pueda incidir en el valor del bono y que sea confirmada, modificada o negada por quienes hayan sido empleadores del afiliado, o por las cajas, fondos o entidades de previsión social a las que hubiere cotizado. Realizado lo anterior, la AFP trasladará dicha información al emisor para que este dé inicio al proceso de liquidación provisional del bono.

Es de advertir que el legislador allí mismo previó que, si la entidad requerida para que allegue la información pertinente es de carácter público, se aplicará lo dispuesto en el artículo 6º del Código Contencioso Administrativo. Si se trata de servidores públicos, el incumplimiento de este plazo será sancionado disciplinariamente del acuerdo con el Código Disciplinario Único, pero el legislador no previó los efectos del silencio administrativo positivo ni la presunción de veracidad de la información respecto de la cual se solicitó su confirmación o certificación.

Cuando un empleador deba certificar información laboral con destino a la expedición de un bono tipo A, en arreglo a lo dispuesto en el artículo 23 del D.1748 de 1995, la certificación debe contar con los requisitos expresamente allí señalados, dentro de los cuales, entre otros ítems, debe estar especificado «g) Número total de días de interrupción por suspensión o licencia no remunerada; opcionalmente, fechas de iniciación y terminación de las interrupciones», como también «k) Fecha de expedición de la certificación y su número consecutivo».

Se puede colegir de la regulación del trámite para obtener la expedición del bono, que la conformación de la historia laboral con este fin no está a cargo exclusivo de la AFP, si no que se trata de un proceso complejo que si bien es ejecutado y coordinado por la AFP, en él también han de intervenir el afiliado, las entidades donde se estuvo afiliado y los empleadores, según el caso. Puede estimarse que se trata de un trámite complejo, pero no por esto se ha eximir al aspirante a la pensión de llevarlo a cabo, puesto que la conformación de la historia laboral se justifica para reunir, de manera eficiente, cierta y efectiva, los medios económicos que permiten capitalizar las prestaciones pensionales, garantizando así el principio de sostenibilidad financiera de los recursos y procurar la eficiencia, la solidaridad y la universalidad en la protección de las personas frente a las contingencias que el sistema de seguridad social ampara (arts. 48 de la Constitución y 2 de la Ley 100 de 1993).

Durante el agotamiento de la conformación de la historia laboral del afiliado, las sociedades administradoras de fondos de pensiones que manejan el régimen de ahorro individual con solidaridad, así como aquellas cajas o fondos del sector público o privado que lo hacen en el régimen solidario de prima media con prestación definida, deben procurar la mejor utilización de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que la emisión y redención de los bonos pensionales se materialice en forma adecuada, oportuna y suficiente, a partir de una articulación de políticas, instituciones, regímenes y procedimientos que permitan, cuando a ello haya lugar, recaudar aquellos aportes destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al Sistema General de Pensiones.

Por otra parte, de acuerdo con el artículo 59 del D. 1748 de 1995, adicionado por el artículo 25 del D. 1513 de 1998, se ha de tener en cuenta la intangibilidad de la historia laboral elaborada con base en un archivo masivo que haya sido utilizada para la emisión del bono pensional, ya que, según este precepto, tal historia sólo podrá ser modificada con el consentimiento del afiliado".

Así las cosas, en el asunto de marras ha de resaltarse primeramente que el traslado realizado por el demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se produjo con posterioridad al mes de mayo de 1995, encontrándose su afiliación en la actualidad ante la AFP SKANDIA S.A.

Por tal razón, palmario resulta que tal como lo definió el operador de primera instancia, es procedente la emisión, expedición y remisión a favor del demandante del bono Tipo A por parte de la Oficina de Bonos Pensionales de

LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO con destino a su la cuenta de ahorro individual administrada por la AFP SKANDIA S.A. sobre los aportes que realizara el demandante al extinto ISS hoy COLPENSIONES por el periodo comprendido entre el 12 de marzo de 1987 y el 31 de mayo de 1995, que asciende a un total de semanas de 252.86 según se desprende de la historia laboral expedida por COLPENSIONES, en la medida que al haber estado vinculado el actor inicialmente en el sistema general de pensiones a través del Régimen de Prima Media con Prestación Definida y, en virtud de los preceptos tanto normativos como jurisprudenciales esbozados en precedencia, goza de plena validez el procedimiento de constitución por parte del ente ministerial.

Lo anterior, como quiera que, teniendo en cuenta los preceptos dispuestos en el artículo 66 de la Ley 100 de 1993, el señor PEDRO EDUARDO USAQUÉN VÁSQUEZ cumplió los 62 años de edad el 1º de octubre de 2016 en tanto nació el 1º de octubre de 1954 como da fe el registro civil de nacimiento y la cédula de ciudadanía, sin que para el cumplimiento de los requisitos mínimos dispuestos en el artículo 64 de la referida norma, esto es, la edad, hubiese acumulado el capital mínimo exigido en la misma prerrogativa (110%); tan es así, que SKANDIA S.A. luego de que el actor le solicitara una devolución de saldos con ocasión de los aportes que realizara en su momento al sector privado, le reconoció para pago el 27 de junio de 2017 la suma de $124.770.587.53 con ocasión a la falta de requisitos pensionales dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Otro tópico a resaltar, es el hecho de la necesidad de que una vez se expida el bono pensional Tipo A por parte de LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, el mismo deba ser remitido por este último a la cuenta de ahorro individual del demandante para que sea SKANDIA S.A. la que proceda a efectuar las gestiones pertinentes para el reconocimiento y pago de la devolución de saldos por el periodo comprendido entre el 12 de marzo de 1987 y el 31 de marzo de 1994, en tanto, dichos aportes resultaban de contingencias que en su momento debieron trasladarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por ser el último régimen pensional de

permanencia del actor, devolución de saldos que por demás, deberá ser debidamente indexado hasta el momento en que se efectúe el correspondiente pago.

Ahora bien, importante resulta analizar el mecanismo de defensa por parte del ente ministerial para la negativa de la emisión del Bono Tipo A perseguido por el demandante, pues esta entidad arguye su improcedencia en razón a que en la actualidad el actor percibe una pensión de jubilación por parte del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, por lo que al ser parte del régimen exceptuado de que trata el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, no podía estar afiliado al sistema general de pensiones de la misma prerrogativa normativa.

Bajo esta égida, advierte este cuerpo Colegiado que tal como lo precisó el *a-quo*, la situación de que el actor perciba una pensión de jubilación por parte del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO no impide una incompatibilidad para acceder a los derechos dispuestos en el sistema general de pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3775-2021, Radicación No. 86485 del 25 de agosto de 2021, hizo un análisis a un asunto de similares contextos al aquí discutido, incluyendo el reconocimiento y pago de una devolución de saldos, donde expuso:

> *"El argumento planteado carece de asidero, pues el recto entendimiento de la norma fue el que le dio el Colegiado de instancia, mismo que coincide con aquel que de antaño ha sostenido la Corte, consistente en que el demandante podía prestar sus servicios a establecimientos educativos de naturaleza pública y obtener una pensión de jubilación oficial, y, simultáneamente, laborar para instituciones educativas particulares para adquirir una pensión de vejez en el ISS, hoy Colpensiones, resultando válido que dichos aportes se trasladaran al RAIS a través de un bono pensional. Así se dijo en sentencias CSJ SL, 19 jun. 2008, rad. 28164; CSJ SL, 06 dic. 2011, rad. 40848 y CSJ SL451-2013, en la cual se expresó:*
>
> *"En efecto, por tener la calidad de docente oficial y estar excluida del Sistema Integral de Seguridad Social, al compás de lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, a la demandante le resultaba válido*

prestar sus servicios a establecimientos educativos oficiales y, por virtud de ello, adquirir una pensión de jubilación oficial y, al mismo tiempo, prestar sus servicios a instituciones privadas y financiar una posible pensión de vejez en el Instituto de Seguros Sociales, con la posibilidad de que dichos aportes fueran trasladados al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de un bono pensional."

La impugnación parece desconocer el hecho de que desde la vigencia de la Ley 90 de 1946 existe la obligación de afiliación al seguro social, la cual se materializó de forma progresiva a partir del año 1967, con lo cual no le era dable a los empleadores privados soslayar tal exigencia de estirpe legal, so pena de hacerse acreedores a las sanciones contempladas en la ley, por evadir la responsabilidad que les atañía en cuanto a vincular a sus trabajadores al sistema para que ellos obtuvieran cobertura en los riesgos de invalidez, vejez y muerte.

Dicho de otra manera, no era optativo para un empleador afiliar al trabajador a su servicio a la seguridad social, con lo cual, en el caso específico, las instituciones particulares que se beneficiaron con los servicios docentes prestados por el actor simplemente dieron cabal cumplimiento a la normativa que, se itera, era obligatoria, cotizando en primera medida el ISS y, posteriormente, a la AFP Colfondos SA.

Es que no puede confundirse el hecho de la afiliación del demandante en instancias al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en su calidad de docente vinculado laboralmente a instituciones de carácter público, con su trabajo para instituciones particulares y la consecuente incorporación al Sistema General de Seguridad Social, pues, en cada caso, rigen reglas específicas, que aplican según la relación que se predique, lo que no significa que no sea posible gozar de la doble atribución, simultáneamente, y obtener las prestaciones que correspondan a cada uno de ellas, cumpliendo los requisitos del caso.

El planteamiento que se hace respecto del supuesto «imperativo» de la acumulación de cotizaciones en el Fondo de Prestaciones del Magisterio, existente para los docentes oficiales, obliga a examinar el contenido del artículo 31 del Decreto 692 de 1994:

ARTICULO 31. <u>POSIBILIDAD</u> DE ACUMULAR COTIZACIONES EN EL CASO DE PROFESORES. Las personas actualmente afiliadas o que se deban afiliar en el futuro, al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio creado por la Ley 91 de 1989, que adicionalmente reciban remuneraciones del sector privado, <u>tendrán derecho a que la totalidad de los aportes y sus descuentos para pensiones se administren en el mencionado fondo, o en cualquiera de las administradoras de los regímenes de prima media o de ahorro individual con solidaridad, mediante</u> el diligenciamiento del formulario de vinculación. En este caso, le son aplicables al afiliado la totalidad de condiciones vigentes en el régimen seleccionado. (Subrayado y cursiva de la Sala).

Una lectura desprevenida de la norma en cita, permite colegir que desde el título mismo del precepto se descarta la mentada «imperatividad» pregonada por la recurrente, pues lo que allí se establece, claramente, es una opción formulada en términos positivos, como un derecho y no como una imposición, que permite a los docentes oficiales afiliados al Fondo del Magisterio que cumplan la condición de recibir remuneraciones del sector privado, seleccionar la opción que consideren pertinente en relación con las alternativas que allí se plantean: i) que esos aportes adicionales se administren en el Fomag o, ii) que sean gestionados en cualquiera de las administradoras del régimen de prima media o de ahorro individual con solidaridad.

La Corte ya había fijado posición en torno a la correcta comprensión de esta disposición, y en la ya mencionada sentencia CSJ SL, 06 dic. 2001, rad. 40848 asentó:

A su vez, el artículo 31 del Decreto 692 de 1994, consagra la posibilidad de que los profesores afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, "(…) que adicionalmente reciban remuneraciones del sector privado, tendrán derecho a que la totalidad de los aportes y sus descuentos para pensiones se administren en el mencionado fondo, o en cualquiera de las administradoras de los regímenes de prima media o ahorro individual con solidaridad, mediante el diligenciamiento del formulario de vinculación. En este caso, le son aplicables al afiliado la totalidad de condiciones vigentes"; precepto reglamentario que sólo puede ser interpretado en su sentido natural y obvio, es decir, que los docentes oficiales vinculados a la entidad que maneja las pensiones de ese sector, si paralelamente laboran para una persona jurídica o natural de carácter privado, pueden afiliarse a una administradora de pensiones, cotizar a la misma, con el subsecuente efecto de que al cumplimiento de las exigencias previstas en su régimen, accederán a las prestaciones propias del mismo. (Subrayas de la Sala)

De esta suerte, lo que ocurrió en el sub lite es que el actor se decidió porque sus aportes pensionales derivados de la relación laboral con instituciones del sector privado se cotizaran inicialmente al ISS y, luego, a la AFP Colfondos SA, es decir, hizo uso de la prerrogativa que el marco legal le brindaba, tal como rectamente lo entendió el Tribunal."

Así las cosas, puede colegirse que el argumento expuesto por el ente ministerial no es de recibo para su absolución, pues como quedó plenamente establecido, al haber realizado el demandante aportes en su momento ante empleadores privados y cotizados al extinto ISS durante el periodo comprendido entre el 12 de marzo de 1987 y el 31 de mayo de 1995, los mismos debieron ser devueltos con destino al Régimen de Ahorro Individual

con Solidaridad para el computo de la devolución de saldos realizada por SKANDIA S.A. en su momento; circunstancia por la cual, la decisión de primer habrá de confirmarse sobre este puntualísimo aspecto.

e. De la cuota parte pensional por parte de COLPENSIONES determinada en primera instancia:

El *a-quo* dispuso que COLPENSIONES debía contribuir al ente ministerial con la cuota parte correspondiente para la constitución del Bono Tipo A.

Para lo pertinente, es menester poner de presente que el artículo 16 del Decreto 1299 de 1994 regula lo siguiente:

> ***"ARTICULO 16. BONOS PENSIONALES Y CUOTAS PARTES A CARGO DE LA NACION. La Nación emitirá el bono pensional a los afiliados al Sistema General de Pensiones, cuando la responsabilidad corresponda al Instituto de Seguros Sociales, a la Caja Nacional de Previsión Social o a cualesquiera otra Caja, Fondo o entidad del sector público sustituido por el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel nacional y asumirá el pago de las cuotas partes a cargo de estas entidades.***
>
> ***Los bonos a cargo de la Nación se emitirán con relación a los afiliados de las entidades anteriormente citadas que estuviesen vinculados con anterioridad al 1o. de abril de 1994.***
>
> ***El valor correspondiente a la deuda imputable por concepto de bonos pensionales o cuotas partes de bono, a partir del 1o. de abril de 1994 y hasta la fecha del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, estará a cargo del ISS en los casos que le corresponda, quien deberá contribuir a la Nación con la cuota parte financiera respectiva. En todo caso la Nación expedirá el bono pensional por la totalidad de su valor.***
>
> *La cuota parte financiera a que hace referencia el inciso anterior, se calculará restando al valor de emisión del bono pensional con cargo a la Nación, el monto correspondiente al valor del bono calculado al 1o de abril de 1994, actualizado a la fecha de su emisión con la tasa de interés DTF pensional.*
>
> ***PARAGRAFO.*** *En cada vigencia fiscal se incluirá en la ley anual de presupuesto los recursos necesarios para cancelar el valor de los bonos*

pensionales a cargo de la Nación que sean redimibles durante ese período y de las cuotas partes a cargo de esta.

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_1299_1994.html

A su turno, el artículo 2º del Decreto 3798 de 2003, dispone:

> *"**Artículo 2º. Pago de cuotas partes a cargo del ISS en bonos pensionales tipo A. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto-ley 1299 de 1994, cuando la Nación tenga la calidad de emisor de bonos tipo A, podrá pagar por cuenta del Instituto de Seguros Sociales, ISS, el valor correspondiente a la deuda imputable por concepto de cuotas partes de bono, que se originen en tiempos cotizados a partir del primero de abril de 1994 y hasta la fecha del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. En el evento en que la Nación haya efectuado el pago de las cuotas partes por cuenta del ISS, dichas sumas serán compensadas con el ISS, de acuerdo con los mecanismos previstos en el presente decreto.***
>
> *De manera previa a la emisión y expedición del cupón a cargo del Instituto de Seguros Sociales, ISS, dicha entidad deberá realizar el reconocimiento de la cuota parte representada en el cupón, en la misma forma establecida en las disposiciones vigentes, salvo que la historia laboral que haya servido de base para la emisión del cupón se encuentre contenida en un archivo laboral masivo debidamente certificado por el Instituto, en cuyo caso no será necesario el reconocimiento de la cuota parte.*
>
> *Si la historia que se tomó de base para la emisión del cupón consta en una certificación individual expedida por el ISS, será necesario que esta entidad realice el reconocimiento de la cuota parte contenida en el cupón".*

Significa lo anterior, que en tratándose de la responsabilidad en cuanto a cuota parte regula la norma y en atención del grado jurisdiccional de consulta que se estudia el asunto de marras tanto para LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO como por COLPENSIONES, a esta última le corresponde la responsabilidad de la cuota parte de la emisión del bono pensional Tipo A del aquí demandante, pero únicamente por el periodo comprendido entre el 1º de abril de 1994 y el 31 de mayo de 1995, siendo entonces el ente ministerial de la integralidad en su responsabilidad sobre el periodo comprendido entre el 12 de marzo de 1983 y el 31 de marzo de 1994 conforme lo dispuso el operador de instancia; circunstancia por la cual, la sentencia de primera instancia habrá de confirmarse en su integridad.

COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES al no gozar con vocación de prosperidad su recurso de alzada.

V. DECISIÓN:

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

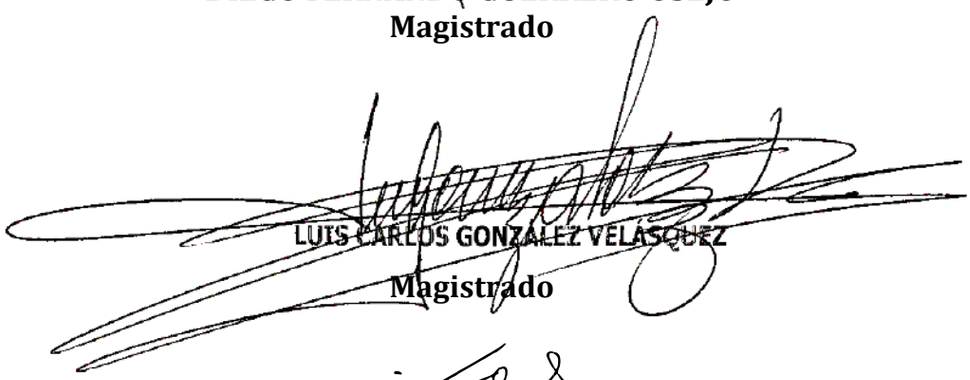
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 25 de julio de 2022 por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

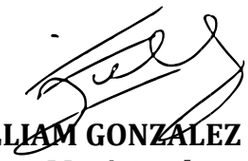
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes. Se fija como agencias en derecho la suma de $1.000.000.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **17 2021 00142 01**
Demandante:	DEOGRACIAS LEAL PARRA
Demandados:	COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

AUTO:

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A, en contra de la sentencia proferida el 5 de diciembre de 2022 por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor DEOGRACIAS LEAL PARRA promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., a fin que se declare la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de PROTECCIÓN S.A. y de ser el caso los diferentes traslados horizontales que haya efectuado.

Como consecuencia de tales declaraciones, se condene a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES, el monto total de todo lo ahorrado en su cuenta individual, como cotizaciones, rendimientos, intereses y demás frutos generados, gastos de administración y demás rubros que hubiese recibido a su nombre, más lo *ultra extra petita* y las costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que estuvo afiliado y cotizó para los riesgos de invalidez, vejez y muerte al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES. Señaló que asesores de COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., sin brindarle información suficiente, propiciaron su traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad a partir julio de 1994.

Adujo que los asesores del fondo privado no le informaron de las implicaciones que el cambio de régimen conllevaría, al contrario le dijeron que el ISS desaparecería y las cotizaciones efectuadas a ese fondo se podían perder, no le realizaron cálculos de su escenario pensional, en sí, no le brindaron informaron completa, clara y fehaciente respecto de las consecuencias legales y económicas que tendría el cambio de régimen pensional, en tanto su mesada en el régimen de prima media sería superior a la que obtendría en el régimen de ahorro individual.

Refirió que el 6 de enero de 2021 radicado ante COLPENSIONES, solicitud de nulidad de su traslado de régimen pensional y la aceptación de la afiliación al régimen de prima media, el cual fue denegado por la entidad. (folios 1 a 11 archivo 02).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones elevadas en el *petitum*, arguyendo que el traslado de régimen que realizó el actor en 1994 se realizó con plena voluntad del cotizante, quien por decisión propia solicitó suscribir el formulario de afiliación a PROTECCIÓN S.A. cumpliendo con los requisitos establecidos por las sentencias C-1024 de 2004 y C-789 de 2002, además expuso que el gestor se encuentra inmerso en la prohibición de traslado de régimen establecida en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 que modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Formuló los medios exceptivos de aplicación del precedente establecido en la sentencia SL373 de 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe y la innominada o genérica. (folios 4 a 21 archivos 05).

PROTECCIÓN S.A. contestó con oposición a las pretensiones de la demanda, argumentado que se está frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, observándose del formulario de vinculación que suscribió la promotora, que dicho acto se realizó en forma libre y espontánea, acto que tiene la naturaleza de un verdadero contrato, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza del Fondo como de la afiliada, manifestación de voluntad que estuvo libre de presión y engaños, desvirtuándose cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento, lo que constituye una manifestación inequívoca de trasladarse a ese fondo.

Propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, la innominada o genérica, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa y la de inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declarará la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe. (folios 3 a 30 archivo 06).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 5 de diciembre de 2022, resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe y prescripción, propuestas por las demandadas, según lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.*
>
> *SEGUNDO: DECLARAR QUE EL TRASLADO del señor DEOGRACIAS LEAL PARRA identificado con la C.C. 93.150.047, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS, a través de la AFP Colmena S.A., hoy PROTECCIÓN S.A., fue ineficaz, y por consiguiente no produjo efectos jurídicos.*
>
> *TERCERO: DECLARAR que el demandante señor LEAL PARRA, se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y que COLPENSIONES tiene la obligación de validar su retorno sin solución de continuidad, según las consideraciones expuestas.*
>
> *CUARTO: ORDENAR a la administradora de fondos de pensiones PROTECCIÓN S.A., trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la vinculación del señor LEAL PARRA, tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, frutos, rendimientos e intereses que se hubieren causado, debiendo también devolver los gastos y comisiones de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, porcentajes destinados a conformar el fondo de garantía de pensión mínima, y valores utilizados en seguros previsionales, valores que deberán ser devueltos debidamente indexados, y con cargo a sus propias utilidades, según lo analizado.*
>
> *QUINTO: ORDENAR a COLPENSIONES recibir el traslado de fondos que efectúe PROTECCIÓN S.A., a favor del demandante, y convalidarlos en la historia laboral, para efectos de la densidad de cotizaciones a que haya lugar en ese régimen pensional.*
>
> *SEXTO: CONDENAR EN COSTAS a las demandadas. En firme esta sentencia, por Secretaría practíquese la liquidación, incluyendo agencias en derecho a cargo de cada una por valor de $1'000.000 M/Cte.*
>
> *SÉPTIMO: SE DISPONE LA CONSULTA a favor de COLPENSIONES de esta sentencia."*

Para arribar a dicha conclusión, refirió el *a-quo* en inicio que el actor a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 no era beneficiario del régimen de

transición, no obstante, sí contaba con una densidad de semanas importante al momento del traslado, esto es, más de 571.14, de tal suerte que ese era uno de los aspectos por los que el fondo privado debía analizar el caso particular de la promotora con mayor acuciosidad; además expuso que del examen del formulario de traslado de régimen que realizara a través de COLMENA S.A. no se podía colegir que se hubiese brindado al actor una información clara y suficiente ni que haya sido ilustrada sobre las ventajas y desventajas del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, deber de información que fue consagrado desde la expedición de la Ley 100 de 1993.

Seguidamente, refirió que del acervo probatorio allegado al trámite procesal, no se podía concluir que al demandante se le haya brindado una información clara y veraz al momento del traslado, incumpliendo así el fondo de pensiones privado con dicha carga probatoria, precisando que en el *sub-lite* lo que procede es la ineficacia del mismo ante la falta de información, tal como lo ha señalado de manera reiterada la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en consecuencia, ordenó la devolución de las sumas correspondientes a cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales con sus frutos, intereses y rendimientos, además ordenó devolver los gastos de administración los cuales debe asumir PROTECCIÓN S.A.

Por último, declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, entre ellas, la de prescripción y las condenó en costas y agencias en derecho.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión PROTECCIÓN S.A. la apeló. Como fundamento de su alzada expuso no estar conforme con la condena emitida en su contra referente a devolver los gastos de administración y seguros previsionales de manera indexada; en tanto, son emolumentos que están dispuestos por la ley, y se descuentan en ambos regímenes pensionales, por lo que si el demandante hubiese permanecido afiliado en el régimen de prima media, tales descuentos igualmente se hubiesen efectuado, los cuales están sustentados en las protecciones que garantizan y en los rendimientos que ha obtenido la cuenta

de ahorro individual del gestor, por lo que no hay lugar a devolver tales rubros, pues de ser de otra manera se estaría frente a un enriquecimiento sin casusa a favor de COLPENSIONES.

COLPENSIONES refirió en su alzada encontrar informidad frente a la condena en costas, dado que es un tercero de buena fe en el proceso pues la misma resulta improcedente de conformidad con la naturaleza del proceso, máxime si como entidad es codemandada y su oposición encuentra sustento en la ley, dado que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición legal de traslado, por lo que solicita se revoque la condena en costas.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

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

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

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

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

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente

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

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

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

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fue aportado el formulario de afiliación que efectuara el demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de COLMENA S.A. el 22 de junio de 1994, vinculación que se hizo efectiva el 1º de julio de esa misma anualidad, según el reporte SIAFP que obra en el plenario. (folios 40 y 57 archivo 06). Formulario que si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntaria, ello, no acredita que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *"Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado".*

De otra parte, el demandante señor DEOGRACIAS LEAL PARRA en el interrogatorio de parte a él practicado, sostuvo que fue convocado a una reunión por parte del Jefe de Personal de su empleador, allí los asesores les dijeron que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES se acabaría y que debían afiliarse a ese fondo, que llegaron con regalos y a él le dieron una vajilla para que se trasladara pero no le informaron de las consecuencias que le implicaba el traslado, que no tuvo tiempo de leer el formulario de afiliación, y no se brindó más información sobre el particular, que su motivación para trasladarse alude a la seguridad que le brinda el fondo público y que no retornó antes a COLPENSIONES porque no le informaron que podía hacerlo.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

"Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la

Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De esa forma, y *contrario sensu* a lo sostenido por PROTECCIÓN en su alzada, no resulta desacertada la decisión del *a quo* frente a la orden de devolver los emolumentos que fueron dispuestos en primera instancia. Por lo que habrá de confirmarse en su integridad la sentencia confutada.

COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 5 de diciembre de 2022 por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuesta en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes. Se fijan como agencias en derecho la suma de $500.000 a cargo de cada una y a favor de la parte actora, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral:	1100131050 **20 2021 00426 01**
Demandante:	JULIO ENRIQUE CORZO ORTEGA
Demandados:	COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

AUTO:

Se reconoce personería jurídica para actuar en representación de COLPENSIONES a la abogada MÓNICA DEL CARMEN RAMOS SERRANO, identificada con cédula de ciudadanía 22.519.154 y T.P. 153.986 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 1º de marzo de 2023 por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor JULIO ENRIQUE CORZO ORTEGA promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., a fin que se declare la nulidad o ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. en noviembre de 1995, por existir vicio en el consentimiento y haber omitido su deber de información.

Como consecuencia de tales declaraciones, se condene a PROTECCIÓN S.A. y a COLPENSIONES que en término máximo de quince (15) días contados desde la ejecutoria del fallo que ponga fin al proceso, se disponga su regreso automático al régimen de prima media con prestación definida. Igualmente, se condene a PROTECCIÓN S.A., a devolver a COLPENSIONES todos los valores que obren en su cuenta de ahorro individual, como cotizaciones; más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra* y *extra petita*. (Folios 3 a 19 archivo 01).

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 25 de octubre de 1957, por lo que a la presentación de la demanda cuenta con 63 años y que cotizó al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES, desde el 21 marzo de
1984 al 30 de noviembre de 1995, alcanzando un total de 328 semanas. Asimismo, expuso que a partir del 1º de diciembre de 1995 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de COLPATRIA, precisando que dicho traslado se dio como consecuencia de la suscripción del formulario de afiliación y traslado adiado el 14 de noviembre de 1995.

De otra parte, destacó que al momento de su traslado laboraba para la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN como director de escuela, y que allí llegaron funcionarios de COLPATRIA, entre los que se encontraba un asesor que además fue compañero de trabajo en esa entidad, el cual le manifestó que le era más beneficioso trasladarse al fondo privado dado que no era beneficiario del régimen de transición por lo que debía retirarse del ISS, además le dijo que su pensión de vejez sería más favorable en ese régimen, que se podía pensionar de manera anticipada, que el ISS entraría en liquidación

por lo que sus cotizaciones estarían en riesgo de perderse, siendo los fondos la única opción para cotizar.

De ese modo, el asesor solo le habló de los beneficios de su eventual traslado, pero no le informó de las desventajas del mismo, así las características del nuevo régimen pensional, tampoco se efectuó un análisis del caso particular del demandante, nunca indico como se lograría la pensión más favorable, con un mayor valor y a una menor edad, puesto que la charla duró aproximadamente de diez (10) a quince (15) minutos.

Destacó que elevó derecho de petición a los fondos de pensiones accionados solicitando información sobre su traslado, las cuales indicaron que la asesoría que brindaron fue verbal. Asimismo, expuso que el 20 de agosto de 1999 se trasladó a PROTECCIÓN S.A., la cual le efectuó una proyección pensional el 10 de marzo de 2021 que concluyó que su mesada en el RPMPD ascendería a $12.109.098 y la que obtendría en el RAIS, sería de $6.620.418, acotando que en la actualidad realiza cotizaciones sobre un IBC de $21.945.075. Por último, indicó que solicitó a COLPENSIONES el 26 de abril de 2021 la nulidad e ineficacia de su traslado, solicitud que fue denegada por esa encartada. (folios 3 a 19 archivo 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PORVENIR S.A. al contestar la demanda se opuso a las pretensiones del libelo introductorio. Sobre el asunto indicó que el traslado de régimen que efectuó el actor a ese fondo fue producto de una decisión libre, espontánea e informada de conformidad con el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, documento que se presume auténtico. Igualmente, enfatizó que brindó información de manera clara, precisa, veraz y suficiente, poniendo de presente el funcionamiento, los requisitos para obtener el reconocimiento de la mesada pensional y las características del régimen de ahorro individual de conformidad con el articulo 60 y siguientes del citado compendio normativo, de tal manera, que conoció las implicaciones del acto jurídico que estaba realizando, razón por la cual cumplió con las obligaciones respecto al deber de información conforme a lo señalado en la Circular Externa 019 de 1998 de la Superintendencia Financiera de Colombia y las sucesivas sobre el particular.

Como excepciones de mérito formuló las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas y la genérica. (folios 3 a 28 archivo 07).

COLPENSIONES contestó con oposición a las pretensiones elevadas en la demanda, argumentando que el demandante suscribió el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria, sin que obre prueba alguna en el plenario que permita inferir que el fondo privado hizo incurrir en error al demandante, o que se esté en presencia de algún vicio del consentimiento, tampoco que haya presentado inconformidad sobre su traslado de régimen, por el contrario, de las documentales que obran en el expediente se advierte que el traslado se encuentra sujeto a derecho y que se realizó de manera libre y voluntaria, sin observaciones sobre presiones indebidas, igualmente adujo que en el presente caso no se cumplen las condiciones de la sentencia SU-062 de 2010, para que opere el traslado de régimen en cualquier momento, además, se encuentra inmerso en la prohibición legal de traslado de régimen.

Formuló como medios exceptivos los que denominó como errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradora de seguridad social del orden público y la innominada o genérica. (folios 3 a 44 archivo 08).

PROTECCIÓN S.A. se opuso a las pretensiones del *petitum*, indicando que no existe vicio del consentimiento en la afiliación que realizó el actor a ese fondo, que conlleve a la nulidad, ni mucho menos a la ineficacia del mismo. Adicionalmente, expuso que los aportes que hoy se encuentran acreditados en la cuenta de ahorro individual a nombre del actor, harán parte del capital para financiar la prestación económica que se genere en el Régimen de Ahorro Individual al cual hoy se encuentra válidamente afiliado y del que no puede trasladarse, ya que la misma se encuentra dentro de la limitante de los últimos diez años para el cumplimiento de la edad de pensión establecido en el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993.

Formuló como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, la innominada o genérica, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto (Folios 4 a 29 archivo 10).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El JUZGADO VEINTE LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ en sentencia proferida el 1º de marzo de 2023, resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado de régimen pensional de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el señor JULIO ENRIQUE CORZO ORTEGA a la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR el 14 de noviembre de 1995, y el posterior traslado horizontal a PROTECCIÓN S.A., conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.*
>
> *SEGUNDO: DECLARAR como aseguradora del demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a COLPENSIONES.*
>
> *TERCERO: ORDENAR a PROTECCIÓN S.A. devolver los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones obligatorias a pensiones de JULIO ENRIQUE CORZO ORTEGA junto con los rendimientos financieros causados, con destino a COLPENSIONES y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor.*
>
> *CUARTO: En caso de existir aportes en la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a favor del demandante JULIO ENRIQUE CORZO ORTEGA, deberán ser traslados a COLPENSIONES, junto con sus rendimientos.*
>
> *QUINTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra.*
>
> *SEXTO: CONDENAR a COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. en costas. Tásense por Secretaría incluyendo como agencias en derecho*

una suma equivalente a TRES (3) Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes, pagaderos a cuota parte.

SEPTIMO: sea apelada o no la anterior decisión REMÍTASE el proceso al superior para que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA."

Para arribar a dicha conclusión, el operador de instancia estimó que según la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, cuando no se cumple el presupuesto de la información, lo que procede es la ineficacia del traslado y no la nulidad del traslado, ello en consonancia con lo establecido en los artículos 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, frente a lo cual la Corte Suprema de Justicia, precisó que es a la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. al tenor del artículo 167 del C.G.P., a quien le corresponde probar el haber suministrado al demandante una debida información respecto de las características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes, situación que no logró probar dentro del plenario, lo cual no se demuestra con la simple suscripción del formulario, y del interrogatorio de parte no se extrae confesión sobre el suministro de la debida información, lo cual tampoco se suple con los formularios de reasesoría que se llevó a cabo posteriormente, por lo que declaró la ineficacia del traslado, debiendo retronar los aportes y los rendimientos.

En cuanto a los gastos de administración, dijo que no emitiría condena al respecto, en tanto, no se solicitaron y además pertenecen al fondo que los haya administrado, por lo que no emitiría condena *ultra y extra petita*. Declaró no probada la excepción de prescripción. Finalmente, condenó en costas a las accionadas.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión, COLPENSIONES la apeló. Al respecto, solicita se revoque en su integridad la sentencia de instancia, en tanto, el demandante suscribió de manera libre y voluntaria el formulario de vinculación con COLPATRIA en 1995, con el cual se acredita el cumplimiento del deber de información por parte del fondo para esa calendar, requisito que era el único exigible para la época, aunado a que el actor reconoció en el interrogatorio de parte que se le habían explicado las características del nuevo régimen. Destacando que el actor hizo caso omiso a sus deberes que como consumidor

financiero le atañen, dado que pudo retronar al régimen de prima media antes de estar inmerso en la prohibición legal establecida en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, luego era clara la intención del actor de permanecer en el RAIS, lo cual se ratificó con el traslado horizontal que realizó.

Sostuvo que, al no ordenarse la devolución de gastos de administración y demás emolumentos que obran en la cuenta individual del demandante, se está vulnerando el principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones y se pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados. Finalmente, solicita que en caso de ratificarse la sentencia de instancia no se emita condena en costas en su contra ya que no podía oponerse al traslado.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que efectuó el actor el 14 de noviembre de 1995 con COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., además, se allegó el formulario de afiliación a PROTECCIÓN S.A. adiado el 1º de octubre de 1999, vinculación primigenia que se hizo efectiva a partir del 1º de diciembre 1995, como se observa de la certificación del SIAFP (folios 71 y 73 archivo 07 y folios 36, 52 archivo 10).

Formularios que si bien refieren que la decisión se adoptó de manera libre y voluntaria, no acreditan que en efecto se haya suministrado la información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *"Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre*

y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado".

Adicionalmente, se recibió el interrogatorio de parte del demandante JULIO ENRIQUE CORZO ORTEGA, el cual sostuvo que estando al servicio de la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN en el año 1995, los asesores de COLPATRIA le dijeron que se trasladara a ese fondo dado que no tenía régimen de transición y el ISS sería liquidado y que se podía pensionar a más temprana edad, sin que realizara preguntas, además, indicó que no fue informado de la prohibición legal de cambio de régimen y que su posterior traslado hacia PROTECCIÓN S.A. se dio cuando estaba laborando en FINAGRO, pues los asesores de ese fondo le dijeron que le convenía más estar en esa administradora. Señaló que el motivo de su traslado hacia el régimen de prima media obedece a la falta de información por parte de los fondos privados en 1995 y 1995, aclarando que el formulario de afiliación a COLPATRIA los suscribió de manera voluntaria y que los ahorros voluntarios que efectúa es por los beneficios tributarios.

Por su parte, la Representante Legal de PORVENIR S.A., dijo que para el año 1995 los asesores tenían la directriz de informar las condiciones, ventajas y desventajas de ambos regímenes, lo cual se llevó a cabo con el actor, agregando que no cuenta con otro documento diferente al formulario que de cuenta de la información que brindó.

El Representante Legal de PROTECCIÓN S.A., dijo que para el año 1999 el formulario de afiliación estaba sujeto a las disposiciones de la época y además el actor no podía regresar al ISS, aclarando que al tratarse de un traslado horizontal no podía negarse a recibir al actor.

De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna de parte del gestor sobre el pleno suministro de una debida información, luego, no obra prueba alguna que advierta una debida información de COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. al momento del traslado del demandante, según lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, siendo

evidente la carencia probatoria de esa encartada para soportar la inversión de la carga de la prueba que le asiste, lo que guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

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

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

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

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

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón al fallador de instancia al declarar la ineficacia del traslado, dado que la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen, contrario a lo aducido por la apelante.

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración, respecto a los cuales COLPENSIONES hace alusión en su alzada, cumple memorar que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló al respecto:

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

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

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

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

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

Respecto a la posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera al declararse la ineficacia del traslado, que igualmente alude COLPENSIONES en la alzada, se hace imperioso traer a colación lo señalado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, en la que indicó sobre el particular:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA TERCERA 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 los numerales tercero y cuarto de la sentencia proferida el 1º de marzo de 2023 por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, a fin de disponer:

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada PROTECCIÓN S.A. a que transfiera además de las sumas correspondientes a cotizaciones y rendimientos, los gastos por administración indexados a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES). Igualmente, la citada AFP también deberá devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

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

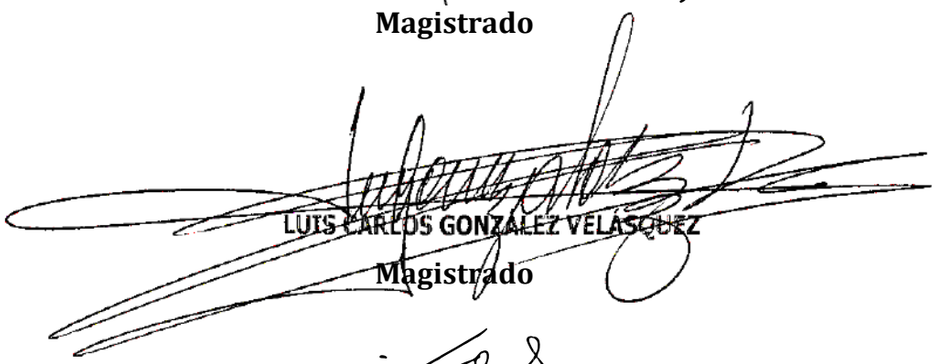
De la misma forma, deberá proceder la demandada PORVENIR S.A. antes COLPATRIA, frente a la devolución a COLPENSIONES de los gastos de administración de los aportes efectuados por el demandante mientras estuvo afiliado a esa administradora.

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

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral:	1100131050 **20 2021 00583 01**
Demandante:	FABIO DE JESUS ERNESTO VARGAS POVEDA
Demandados:	COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y SKANDIA S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

AUTO:

Se reconoce personería jurídica para actuar en representación de COLPENSIONES al abogado GUSTAVO ENRIQUE MARTÍNEZ GONZÁLEZ, identificada con cédula de ciudadanía 1.014.196.194 y T.P. 276.516 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 2 de marzo de 2023 por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor FABIO DE JESUS ERNESTO VARGAS POVEDA promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A.,

a fin de que se declare la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PORVENIR S.A. en enero de 2000 y el traslado horizontal que realizó a SKANDIA S.A. en agosto de 2004, por existir engaño y asalto a su buena fe al inducirlo en error y viciar su consentimiento para que se trasladara de régimen pensional.

Como consecuencia de tales declaraciones, se ordene a PORVENIR S.A. devuelva a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y los rendimientos que se hubieren causado. Asimismo, se ordene a COLPENSIONES lo reciba en el régimen que administra como afiliada sin solución de continuidad, junto con las sumas antes indicadas. Finalmente, se condene a las demandadas en costas y agencias en derecho, más lo *ultra y extra petita.*

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que estuvo afiliado al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES del 28 de marzo de 1985 hasta el 29 de febrero del 2000, alcanzado un total de 691 semanas en esa entidad. Añadió que estando al servicio de la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, en enero de 2000 los asesores de PORVENIR S.A. le dieron a conocer ese nuevo régimen pensional, asegurándole que el I.S.S. desaparecería, por lo que perdería las cotizaciones que había realizado hasta ese momento, que en ese fondo tendría altos rendimientos sin pérdidas, y que podía pensionarse de manera anticipada, sin advertirle del derecho de retracto que le asistía.

De esa forma, se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, situación que persistió por parte de los asesores de SKANDIA S.A. Igualmente, señaló que en la actualidad cuenta con 1542 semanas cotizadas a febrero del 2021 en el sistema general de pensiones y que radicó ante las encartadas petición solicitando la nulidad o ineficacia del traslado de régimen y su retorno al régimen de prima media con prestación definida, pedimento que fue denegado por las administradoras de pensiones. Por último, sostuvo que PORVENIR S.A. realizó simulación

pensional que evidencia que su mesada en el régimen que administra sería muy inferior a la que obtendría en el RPMPD. (folios 1 a 21 archivo 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

SKANDIA S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones que se elevaron en el *petitum*. Arguyó que el actor suscribió formulario de afiliación a ese fondo el 19 de agosto de 2004, por cuarta vez a ese fondo como traslado de PORVENIR S.A., el cual estuvo vigente desde el 1º de octubre de 2004 hasta el 30 de noviembre de 2007. De otra parte, señaló que la selección de régimen pensional es libre y voluntaria, por lo que al afiliarse al régimen que administra acepto las condiciones del mismo, conforme lo reglado en la Ley 100 de 1993 y sus Decretos reglamentarios, a lo que se suma que su afiliación a ese fondo fue producto de un traslado de otra administradora del RAIS y no del RPMPD.

Propuso como excepciones de fondo las de cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, actos de relacionamiento, SKANDIA no participó ni intervino en el momento de la selección de régimen, el demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón a la edad y tiempo cotizado, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuesto facticos del proceso no son similares a las sentencias que cita, lo accesorio sigue la suerte de lo principal - falta de interés negociable, prescripción de la acción, prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro – gastos de administración, buena fe y la genérica. (folio 3 a 18 archivo 04).

PORVENIR S.A. al contestar la demanda se opuso a las pretensiones del libelo introductorio. Sobre el asunto indicó que el traslado de régimen que efectuó el actor a ese fondo se dio luego de brindarle información de manera clara, precisa,
veraz y suficiente de acuerdo con las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993, en la que se expresa el funcionamiento, características y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad, también mencionó las implicaciones de su traslado y los requisitos para pensionarse bajo el régimen de ahorro individual de conformidad con lo establecido en el artículo 64

ejusdem, motivo por el cual, la decisión de suscribir el formulario de afiliación el 21 de enero de 2000, fue producto de una decisión libre, espontánea e informada de conformidad con el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, documento que además se presume auténtico.

Como excepciones de mérito formuló las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica. (folios 3 a 29 archivo 05).

Entre tanto, COLPENSIONES al contestar la demanda se opuso a las pretensiones elevadas en la demanda, argumentando que no obra prueba alguna en el plenario que permita inferir que el fondo privado hizo incurrir en error a la demandante, o que se esté en presencia de algún vicio del consentimiento, tampoco que haya presentado inconformidad sobre su traslado de régimen, por el contrario, de las documentales que obran en el expediente se advierte que el traslado se encuentra sujeto a derecho y que se realizó de manera libre y voluntaria, sin observaciones sobre presiones indebidas, igualmente adujo que en el presente caso no se cumplen las condiciones de la sentencia SU-062 de 2010, para que opere el traslado de régimen en cualquier momento, además, se encuentra inmerso en la prohibición legal de traslado de régimen.

Formuló como medios exceptivos los que denominó como errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradora de seguridad social del orden público y la innominada o genérica. (folios 3 a 40 archivo 06).

De otra parte, se encuentra que SKANDIA S.A., llamó en garantía a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., el cual sustentó aduciendo que en caso de ser condenada, esa aseguradora deberá reembolsar los valores pagados por concepto de seguro previsional. El cual fue aceptado mediante auto de 15 de febrero de 2022. (folios 50 a 57 archivo 04 y archivo 07).

En esa medida, MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., se opuso a las pretensiones de la demanda, refiriendo que la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad se dio en el marco de la autonomía de la voluntad, siendo un acto libre, espontáneo, debidamente comprendido tanto en todos sus elementos como en su alcance y consecuencias, exento de vicio alguno en el consentimiento.

Como excepciones propuso las que nombró como el acto jurídico de afiliación al RAIS, y el de su posterior traslado a otra AFP, fueron debidamente informados y las decisiones tomadas por el demandante se dieron al amparo del principio de autonomía de la voluntad, sin estar mediadas y/o determinadas por error o vicio alguno del consentimiento, siendo absolutamente lícitas, válidas y oponibles, inexistencia de motivos que tipifiquen alguna causal de ineficacia material o de invalidación del acto jurídico de afiliación del demandante a SKANDIA S.A., prescripción de la acción de nulidad, legalmente el demandante se encuentra inhabilitado para trasladarse de régimen pensional por estar en el periodo de carencia, reconocimiento oficioso de excepciones.

Respecto a las pretensiones del llamamiento en garantía, dijo oponerse a las pretensiones encaminadas a obtener el reembolso o el pago de las primas causadas y pagadas durante la vigencia del seguro previsional que contratado con el fondo de pensiones, pues el único objeto de este previsional regulado en los artículos 70 y 77 de la Ley 100 de 1993, refiere a que en caso de producirse el riesgo, se impone para la aseguradora el pago de la suma adicional para completar el capital que financie el monto de la pensión de invalidez o sobreviviente.

Como excepciones de mérito del llamamiento formuló las que nombró como frente a la acción material ejercida por la demandante, la AFP SKANDIA carece de amparo o cobertura, pues, el riesgo objeto de protección asegurativa no tiene relación con el objeto material de las pretensiones, siendo improcedente el llamamiento en garantía realizado a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., no se encuentra obligada en caso de una sentencia de condena contra la llamante en garantía, a efectuar devolución de las primas ni de ningún otro

valor que corresponda a contraprestación del seguro, porque ellas fueron legalmente devengadas y los riesgos estuvieron efectivamente amparados, a MAPFRE no le son oponibles los efectos de una eventual sentencia estimatoria de las pretensiones de la demanda, afectando a la llamante, AFP SKANDIA y por lo mismo, no está obligada a restitución alguna, inexistencia de derecho contractual por parte de la AFP SKANDIA, prescripción de la acción derivada del contrato de seguro y reconocimiento oficioso de excepciones. (folios 3 a 26 archivo 09).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El JUZGADO VEINTE LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ en sentencia proferida el 2 de marzo de 2023, resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado de Régimen pensional de Prima Media con Prestación definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado por el señor FABIO DE JESUS ERNESTO VARGAS POVEDA a PORVENIR S.A el 21 de enero de 2000 y los posteriores traslados horizontales conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.*
>
> *SEGUNDO: DECLARAR como aseguradora del demandante FABIO DE JESUS ERNESTO VARGAS POVEDA para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a COLPENSIONES.*
>
> *TERCERO: ORDENAR a PORVENIR S.A. como actual fondo de pensiones del actor a DEVOLVER los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones obligatorias a pensiones del afiliado FABIO DE JESUS ERNESTO VARGAS POVEDA junto con los rendimientos financieros causados, con destino a COLPENSIONES y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor.*
>
> *CUARTO: En caso de existir aportes en SKANDIA SA a favor del demandante deberán ser traslados a COLPENSIONES.*
>
> *QUINTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra y a la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., de la totalidad de pretensiones.*
>
> *SEXTO: CONDENAR en costas a COLPENSIONES y a las AFPS PORVENIR S.A Y SKANDIA S.A., tásense por Secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a tres (3) Salarios Mínimos Mensual Legal Vigente, pagadero a cuota parte. De la misma manera se condena en costas a SKANDIA SA y a favor de la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., tásense por Secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a UN (1) Salario Mínimo Mensual Legal Vigente.*

SEPTIMO: REMÍTASE el proceso al superior para que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA."

Para arribar a dicha conclusión, el operador de instancia estimó que según la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, cuando no se cumple el presupuesto de la información, lo que procede es la ineficacia del traslado, ello en consonancia con lo establecido en los artículos 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, frente a lo cual la Corte Suprema de Justicia, precisó que es a la AFP PORVENIR S.A. al tenor del artículo 167 del C.G.P., a quien le corresponde probar el haber suministrado a la demandante una debida información respecto de las características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes, situación que no logró probar dentro del plenario, lo cual no se demuestra con las simple suscripción del formulario, y del interrogatorio de parte no se extrae confesión sobre el suministro de la debida información, por lo que declaró la ineficacia del traslado.

En cuanto a los gastos de administración y el seguro previsional, dijo que no emitiría condena al respecto, en tanto, no se dio alguna contingencia que diera cubrimiento al mismo. Declaró no probada la excepción de prescripción. En relación con el llamamiento de garantía, el Juez arguyó que, al no estarse condenado a la devolución de gastos de administración o seguro previsional, no tiene prosperidad tal llamamiento. Finalmente, condenó en costas a las accionadas y a favor de la parte actora y condenó en costas a SKANDIA S.A. y a favor de la llamada en garantía.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión, COLPENSIONES la apeló. Al respecto, refirió que con la declaratoria de ineficacia se está vulnerando la prohibición legal establecida en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, que regula que ninguna persona se puede trasladar de régimen pensional, cuando se encuentre a menos de diez años de la edad de pensión, situación en la cual se encuentra inmersa el actor; además, el traslado de régimen se realizó con el lleno de requisitos que se exigían para la época, sucediendo lo mismo con los traslados horizontales que llevó a cabo el actor y las pretensiones del actor en el presente asunto tienen un trasfondo meramente económico y el acto de traslado se hizo a voluntad de afiliado.

Refirió que la ineficacia del traslado afecta la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados. Finalmente, solicita que en caso de ratificarse la sentencia de instancia no se emita condena en costas en su contra ya que no podía oponerse al traslado y los dineros que administra no pueden ser usados en tales condenas, además solicita se ordene la devolución de los gastos de administración.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que efectuó el actor el 21 de enero de 2000 con PORVENIR S.A., además, se allegaron los formularios de afiliación a HORIZONTE S.A., SKANDIA S.A. y PORVENIR S.A. adiados el 21 de enero de 2000, 30 de noviembre de 2002, 19 de agosto de 2004 y 31 de octubre de 2007, vinculaciones que se hicieron efectivas a partir del 1º de marzo de 2000, 1º de enero de 2003, 1º de octubre de 2004 y 1º de diciembre de 2007, como se observa de la certificación del SIAFP (folios 92 a 97 archivo 05 y folio 58 archivo 04).

Formularios que si bien refieren que la decisión se adoptó de manera libre y voluntaria, no acreditan que en efecto se haya suministrado la información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *"Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre*

y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado".

De otro lado, se recibió el interrogatorio de parte del demandante FABIO DE JESUS ERNESTO VARGAS POVEDA, el cual sostuvo que estando al servicio de la SUPERINTENDENCIA DE SALUD sostuvo una charla con un asesor de PORVENIR, quien le dijo que podía pensionarse a cualquier edad, con cualquier monto y que tendría unos intereses, sin que el asesor le diera más información, señalando que el asesor fue quien diligenció el formulario de afiliación. Igualmente, narró que ese mismo asesor le dijo que podía afiliarse a HORIZONTE, por eso se trasladó a ese fondo. Sin embargo, en 2010 se afilió a COLPENSIONES e hizo algunos aportes, pero PORVENIR le envió una comunicación indicándole que no se podía trasladar. Expuso que su traslado a SKANDIA se dio porque el mismo asesor le dijo que era más estable que los demás fondos y que en esa oportunidad se enteró de los aportes voluntarios, precisando que no fue coaccionado para firmar el formulario.

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

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

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

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

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón al fallador de instancia al declarar la ineficacia del traslado, dado que la AFP PORVENIR S.A. no probó el

cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen, contrario a lo aducido por la apelante.

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración, respecto a los cuales COLPENSIONES hace alusión en su alzada, cumple memorar que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló al respecto:

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

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

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

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

Respecto a la posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera al declararse la ineficacia del traslado, que igualmente alude COLPENSIONES en la alzada, se hace imperioso traer a colación lo señalado por la Corte Suprema

de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, en la que indicó sobre el particular:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En lo atinente a la inconformidad que presenta COLPENSIONES respecto a la absolución en costas, debe indicarse que el artículo 365 del C.G.P., aplicable por

remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., establece la imposición de esta figura para la parte vencida en juicio, luego, al haber sido evidente que esa accionada y SKANDIA S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda y al no salir avante los argumentos que expuso en la impugnación, es claro para la Sala la prosperidad de la condena en costas, pues resulta evidente que dicha encartada fue vencida en juicio. En efecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2461-2021, Radicación No. 82211 del 8 de junio de 2021, señaló:

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

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

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

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

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA TERCERA 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 los numerales tercero y cuarto de la sentencia proferida el 2 de marzo de 2023 por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, a fin de disponer:

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada PORVENIR S.A. a que transfiera además de las sumas correspondientes a cotizaciones y rendimientos, los gastos por administración indexados a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES). La citada AFP también deberá devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

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

De la misma forma, deberá proceder la demandada SKANDIA S.A. y PORVENIR S.A. antes HORIZONTE, frente a la devolución a COLPENSIONES de los gastos de administración de los aportes efectuados por el demandante mientras estuvo afiliado a esas administradoras.

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

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES. Se fijan como agencias en derecho la suma de $500.000 a favor de la parte actora, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **21 2021 00201 01**
Demandante:	PEDRO FELIPE VEGA OSORIO
Demandados:	COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

AUTO:

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuestos por la parte demandante y la demandada COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 8 de marzo de 2023 por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor PEDRO FELIPE VEGA OSORIO promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y COLFONDOS S.A., a fin que se declare la nulidad o ineficacia del traslado que realizó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de COLFONDOS S.A. el 1º de diciembre de 1996 al existir error de hecho que vició su consentimiento y no se cumplió con el deber de información; además, se declare que nunca se trasladó de régimen y se encuentra afiliado a COLPENSIONES y que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez conforme lo normado en la Ley 797 de 2003.
En consecuencia, se condene a COLFONDOS S.A. a registrar en sus sistemas de información que no se vinculó a esa administradora, e igualmente, se condene a COLPENSIONES a activar su afiliación en el régimen que administra, se condene a COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES todas las sumas de dinero que figuren en su cuenta de ahorro individual, tales como, bonos, aportes, rendimientos, comisiones, etc., se ordene a COLPENSIONES actualice en su historia laboral las cotizaciones que efectuó en el RAIS y reconozca y pague la pensión por vejez, a partir del cumplimiento de los requisitos de ley, conforme lo reglado en la ley 797 de 2003, junto con los intereses moratorios, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra* y *extra petita.*

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que nació el 8 de julio de 1956 y que a la fecha de presentación de la demanda cuenta con 64 años. Enfatizó que se afilió el 2 de marzo de 1976 al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y que efectuó cotizaciones a esa entidad a través de diferentes empleadores, alcanzando 741,71 semanas, al 1º de diciembre de 1996, calenda en la se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de COLFONDOS S.A.

A continuación, sostuvo que COLFONDOS S.A. no le informó al momento de la afiliación, las implicaciones, características, ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales, las consecuencias del traslado, como tampoco lo ilustró sobre su futuro pensional en ambos regímenes, pese a que conocía el número de semanas cotizadas y su promedio salarial, agregando que no le informó antes de cumplir 52 años, que debía retornar al régimen de prima media con prestación definida, por ser más favorable.

De otro lado, indicó que por cuenta propia decidió contratar una asesoría, a razón de la cual se dio cuenta del engaño de COLFONDOS, ante la falta de información completa, clara y comprensible, respecto de las características de los regímenes pensionales. Igualmente, indicó que en febrero de 2021 solicitó a las demandadas la nulidad y activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, y que posteriormente, en marzo de 2021 solicitó el reconocimiento de la pensión por vejez ante COLPENSIONES, la cual negó tal pedimento, por último, refirió que cuenta con 1761 semanas. (archivo 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo que dentro del expediente no obra prueba que dé cuenta que se le hizo incurrir en error por falta al deber de información al actor por parte de la administradora de pensiones, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento, asimismo, indicó que no se evidencia manifestación de inconformidad alguna por parte del promotor sobre el particular, por el contrario lo que se advierte de las documentales que obran en el plenario es que el traslado se realizó de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas, igualmente sostuvo que no cumple los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, por lo que no procede el traslado ya que se encuentra inmerso en la prohibición legal de traslado.

Formuló como medios exceptivos los de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradora de seguridad social del orden público, inexistencia del derecho al reconocimiento de la pensión por parte de COLPENSIONES, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria y la innominada o genérica. (archivo 06).

COLFONDOS S.A. contestó con oposición a las pretensiones de la demanda, argumentado que brindó al demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, además, lo asesoró sobre las características de ese régimen, su funcionamiento, las diferencias entre el RAIS y el RPMPD, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen. Asimismo, señaló que no se aportan elementos probatorios que permitan demostrar el vicio en el consentimiento, por cuanto el gestor suscribió el formulario de vinculación a ese fondo de manera libre y con su consentimiento expreso, sin que manifestara inconformidad alguna.

Propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, la innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y compensación y pago. (archivo 17).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 8 de marzo de 2023, resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el señor PEDRO FELIPE VEGA OSORIO al régimen de ahorro individual el 22 de noviembre de 2000, con fecha de efectividad en el mes de enero de 2001 por intermedio de COLFONDOS S.A.; en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.*
>
> *SEGUNDO: CONDENAR a COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación al RAIS aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales-, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de la pensión mínima; así como los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por seguro previsional, debidamente indexados desde el traslado de régimen y durante el tiempo de permanencia hasta que se efectúe su pago, los cuales debe asumir con cargo a sus propios*

recursos y utilidades, sin deducción alguna por gastos de traslado, contenidos en la cuenta de ahorro individual del señor PEDRO FELIPE VEGA OSORIO. Para ello se concede el término de un (1) mes siguiente a la ejecutoria de esta providencia. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a activar la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral.

CUARTO: DECLARAR PROBADA las excepciones denominadas INEXISTENCIA DEL DERECHO AL RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN POR PARTE DE COLPENSIONES y la denominada NO CONFIGURACIÓN DEL DERECHO AL PAGO DE INTERESES MORATORIOS NI INDEMNIZACIÓN MORATORIA propuestas por COLPENSIONES y DECLARAR no probadas las demás excepciones propuestas por COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES, conforme a lo motivado, encaminado al reconocimiento y pago de la prestación económica por vejez.

QUINTO: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS de las demás pretensiones elevadas en la demanda, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: CONDENAR en COSTAS DE ESTA INSTANCIA a las demandadas y a favor de la demandante. Liquídense por Secretaría, incluyendo como agencias en derecho la suma de$1.000.000 a cargo de COLFONDOS S.A. y la suma de $300.000 a cargo de COLPENSIONES.

SÉPTIMO: CONSULTAR esta decisión con la Sala Laboral del H. Tribunal Superior del Distrito de Bogotá D.C., por ser adversa a los intereses de COLPENSIONES, en caso de no ser apelada oportunamente."

Para arribar a dicha conclusión, indicó la a-quo en primer lugar que el caso que convoca debe abarcarse bajo la figura de la ineficacia y no en el de las nulidades sustanciales, según lo establecido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pues esta corporación ha dictado que la ineficacia es la respuesta frente a la eventual falta de información en la que incurren las AFP.

Seguidamente, expuso que los literales b) y e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, establecen que la afiliación a un régimen pensional será válida siempre y cuando esta sea libre y voluntaria, siendo este último aspecto con la particularidad de que se conozcan las consecuencias de la decisión del traslado, el cual no puede estimarse satisfecho por la simple expresión

genérica de los formatos de afiliación, todo esto sostenido por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Seguidamente dijo que, si bien el actor en el interrogatorio de parte indicó que se trasladó a COLFONDOS en octubre de 1996, lo cierto era, que el formulario de afiliación No. 7404022 señala que tal evento sucedió el 22 de noviembre de 2000, lo cual se acompasa con el reporte de semanas que obra en el expediente archivos 22 y 25, en el que se evidencian cotizaciones desde enero de 2001, y no en 1996, careciendo de sustento factico el reporte SIAFP, aunado a que no se probaron cotizaciones de 1996 a 2000, por ende, se tendrá para los efectos legales que la afiliación del actor al fondo privado se dio el 22 de noviembre de 2000.

Continuando con el análisis de las pretensiones de la demanda, dijo que desde el nacimiento de los fondos de pensiones existe el deber de información y que cuando un afiliado alega no haber recibido la información suficiente, ello conlleva a que la carga de la prueba quede en cabeza de los fondos de pensiones privado, en tanto son ellos los obligados a demostrar el cabal cumplimiento de la información suministrada.

Acorde con lo anterior, la Juez de instancia determinó que la demandada COLFONDOS S.A., no cumplió con el deber de información, por lo que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional que llevó a cabo el actor a través de ese fondo el 22 de noviembre de 2000, efectivo a partir de enero de 2001, además, ordenó a esa encartada devolver a COLPENSIONES las sumas que se encuentran en la cuenta de ahorro individual del actor, tales como cotizaciones, bonos pensionales, junto con sus rendimientos y los dineros destinados a cubrir la garantía de pensión mínima, así como los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por seguro previsional debidamente indexados.

En cuanto a la pensión de vejez, dijo que no accedía a tal pretensión en este momento, dado que esa situación debía realizarse cuando COLPENSIONES cuente con la información requerida. De otro lado, declaró no probada la excepción de descapitalización del sistema y prescripción, y condenó en costas a los demandados.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión la parte demandante apeló de forma parcial el numeral cuarto, relacionado con la absolución de la pensión de vejez, dado que en el plenario de probó que el actor contaba con 1753 semanas y acreditó la fecha de nacimiento del actor, contando con la edad de 62 años, luego la prestación debe ser reconocida a partir de la última cotización, que lo fue en agosto de 2020, por lo que solicita se revoque tal aspecto.
COLPENSIONES en su alzada, dijo que, de las pruebas obrantes en el informativa, según los lineamientos establecidos por la CSJ, no se prueba la falta de información alegada, lo cual se prueba con el formulario de afiliación, según las normas vigentes para la fecha del traslado. Además, el actor no presentó ninguna queja sobre el particular, siendo evidente que el presente asunto se impetró por razones económicas.

No obstante, dijo que de no acogerse los argumentos que esgrime en su recurso, solicita se confirmen las condenas impuestas en primera instancia, igualmente solicita se confirme la negativa a acceder al reconocimiento de la pensión, y solicita se ordene la elaboración de un cálculo actuarial para soslayar la descapitalización al sistema a cargo del actor o del fondo privado, para que pague un cálculo de rentabilidad. Por último, solicita se revoque la condena en costas, dado que tal imposición es contraria a lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Política y es un tercero de buena fe.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

traslado de régimen pensional que realizó el demandante, en caso positivo, se analizará si proceden las demás pretensiones que eleva en el *petitum*.

c. Del caso en concreto:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fue aportado el formulario de afiliación que efectuó el demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de COLFONDOS S.A. el 22 de noviembre de 2000, vinculación que se hizo efectiva a partir de enero de 2001, según el reporte de semanas que obran en el plenario, y que se acompasa con las cotizaciones que se reportan a partir de esta última data; sin que se pueda dar validez en esta ocasión al reporte SIAFP que aportó el fondo privado con la contestación, el cual indica que el traslado se llevó acabo el 30 de octubre de 1996, y fue efectivo a partir del 1º de diciembre de ese año, dado que no existe prueba de una afiliación y de cotizaciones entre octubre de 1996 y de noviembre de 2000, como bien lo concluyó la *a quo*. (folios 42 a 47 y 87 archivo 01, folio 26 archivo 17 y folios 4 a 32 archivo 25).

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

Por otra parte, se recibió el interrogatorio de parte al demandante PEDRO FELIPE VEGA OSORIO, quien expuso que en octubre de 1996 arribó a su oficina una asesora de COLFONDOS, quien le dijo que en ese fondo tendría la posibilidad de una mejor pensión y estabilidad en el manejo de sus recursos, además le indicó que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES estaba por ser liquidado, por lo que esa sería su única opción, agregando que la asesoría duró uno minutos y no le dieron más información.

De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna de parte del actor sobre el pleno suministro de una debida información, luego, al ser el formulario de afiliación la única prueba relevante que advierta una

información de COLFONDOS S.A. al momento del traslado del demandante, según lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es evidente la carencia probatoria de esa encartada para soportar la inversión de la carga de la prueba que le asiste, lo cual por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

> *"Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».*
>
> *"Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por COLPENSIONES, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.*

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

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

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

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

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

"[…] el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas

reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

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

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

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

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

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

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

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

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

De ese modo, luce acertada la decisión de la Juez de instancia, de declarar la ineficacia del traslado y ordenar la devolución de los emolumentos que dispuso en la sentencia de primer grado junto con la indexación allí dispuesta, por lo habrá de confirmarse frente a tales aspectos la sentencia confutada.

d. De la pensión de vejez:

Adicional a la declaratoria de ineficacia, solicita el demandante se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez, pedimento al cual no accedió la Juez de primer grado, aduciendo que solo hasta que COLPENSIONES cuente con todos los emolumentos que ordenó al fondo privado devolver, no es posible analizar tal pedimento. Por su parte la activa, en su alzada aduce que al declararse la ineficacia del traslado de régimen y acreditarse los requisitos de ley, es posible accede a la prestación económica en comento.

Sobre el particular, se advierte que el gestor no adquirió prerrogativas pensionales antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues al 1º de abril de 1994 contaba solo con 38 años y 741.71 semanas, es decir, menos de 15 años de servicios (folio 37, 38 a 41 y 42 a 47 archivo 01 – copia cédula de ciudadanía y reporte de semanas cotizadas en Colpensiones y Colfondos).

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

> *"**ARTÍCULO 9o.** El artículo 33 de la Ley 100 de 1993 quedará así:*
>
> *Artículo 33. Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:*
>
> *1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.*
>
> *A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.*
>
> *2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.*
>
> *A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o.de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.*
>
> *(…)"*

De esta forma, palmario resulta entonces que la demandante nació el 8 de julio de 1956 como da cuenta la copia de la cédula de ciudadanía (folio 37 archivo 01), por lo que cumplió 62 años de edad el 8 de julio de 2018, ostentando así el primer requisito para la causación del derecho pensional.

En lo que atañe a las semanas requeridas por la ley, se advierte que el actor cuenta con un total de 1753.14 semanas cotizadas, tanto en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida como en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, según se acredita en la Historia Laboral Consolidada expedida el 18 de marzo de 2021 por COLFONDOS S.A. que militan en el plenario, fondo de pensiones en el que se encuentra afiliado en la actualidad (folios 7 a 32 archivo 25 y folios 42 a 47 archivo 01); situación que conlleva a que se configure el tiempo requerido para acceder a la prestación pensional por vejez, en el caso del promotor; por cumplir 62 años de edad en el año 2018 y haber acreditado como mínimo 1300 semanas de cotización.

Ahora bien, pese a lo anterior se advierte que si bien la última cotización del actor data de agosto de 2020, no cuenta con fecha de retiro, según se avizora de los citados reportes de semanas cotizadas al fondo de pensiones privado, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, el cual fue aprobado por el Decreto 758 de esa anualidad, aunado a que en el interrogatorio de parte que depuso el gestor el 28 de febrero de 2023, dijo que laboraba como gerente; luego, no es posible inferir con total certeza que ya no esté realizando cotizaciones y se haya retirado del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, como lo concluyó la Juez de instancia.

En consonancia con lo anterior, la prestación queda supeditada a que se cumpla con este requisito, es decir, el retiro efectivo; por lo que no procede el reconocimiento de la pensión desde la fecha en que acreditaron los requisitos que dan lugar a su causación como se reclamó en la demanda. Igualmente, cabe precisar que el monto de la mesada pensional deberá determinarse con el IBL de los últimos 10 años o todo el tiempo cotizado, según le resulte más favorable a la afiliada, de acuerdo a lo previsto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, junto con los reajustes de ley y mesadas adicionales, más la indexación de las mesadas que se reconozcan desde el retiro hasta el momento de su pago, de ser viable su aplicación. Acorde con lo anterior, se revocará parcialmente el

numeral cuarto de la sentencia de instancia, que absolvió del reconocimiento y pago de la pensión de vejez.

En otro giro, debe indicarse que a la fecha no ha operado el fenómeno prescriptivo frente a las mesadas que se pudiesen haber causado, en atención a que la prestación está supeditada al retiro del sistema.

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

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

COSTAS en esta instancia a cargo de la recurrente COLPENSIONES.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral cuarto de la sentencia proferida el 8 de marzo de 2023 por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, que declaró probada las excepciones denominadas inexistencia del derecho al reconocimiento de la pensión por parte de COLPENSIONES y la de no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, ni indemnización moratoria propuestas por COLPENSIONES, encaminadas al reconocimiento y pago de la prestación económica por vejez.

Para en su lugar, ordenar a la demandada COLPENSIONES reconozca y pague la pensión de vejez al demandante una vez acredite la novedad de retiro, la cual deberá liquidarse conforme lo expuesto en la parte motiva de esta decisión, debiendo indexar las mesadas que se reconozcan desde el retiro hasta el momento de su pago, en caso de ser viable la aplicación de tal efecto. En lo demás, manténgase en firme lo allí decido.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primer grado, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la recurrente COLPENSIONES. Se fijan como agencias en derecho la suma de $500.000 a favor de la actora, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado
SALVO VOTO PARCIAL

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **21 2022 00232 01**
Demandante:	HENRY SIERRA LEGUIZAMÓN
Demandados:	COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

AUTO:

Se reconoce personería jurídica para actuar en representación de COLPENSIONES a la abogada MARÍA CLAUDIA TOBITO MONTERO, identificada con cédula de ciudadanía 1.020.786.735 y T.P. 300.432 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada COLPENSIONES y PORVENIR S.A., en contra de la sentencia proferida el 24 de marzo del 2022 por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor HENRY SIERRA LEGUIZAMÓN promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., con la finalidad de declararse que PORVENIR S.A. omitió su deber de información y buen consejo cuando se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad; lo cual vició su consentimiento al suscribir el formulario de afiliación a ese fondo el 6 de febrero de 1995, por lo que se debe declarar la ineficacia del traslado de régimen y el posterior traslado horizontal, con su consecuente devolución de aportes y rendimientos a COLPENSIONES y su afiliación sin solución de continuidad a ese régimen.

Como consecuencia de tales declaraciones, pretende se ordene la anulación de la afiliación que realizó a PORVENIR S.A. y a DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A.; asimismo, se ordene a dicho fondo trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los aportes cotizados en el régimen de ahorro individual con solidaridad, incluidos los rendimientos generados y las cuotas de administración, estudie el cumplimiento de los requisitos de la pensión de vejez y se condene en costas a las demandadas.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 22 de mayo de 1962 y realizó cotizaciones al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES, desde el 11 de mayo de 1981, adquiriendo así una expectativa pensional en el régimen de prima media con prestación definida de acuerdo a lo dispuesto en la Ley 100 de 1993.

Seguidamente, refirió que se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, debido a la asesoría brindada por PORVENIR S.A., la cual no le proporcionó información referente a los beneficios y riesgos pensionales de trasladarse de régimen, ni elaboró proyecciones pensionales de su mesada pensional en uno y otro régimen; al contrario, sostiene que la asesora le proporcionó información pensional falsa, como que el ISS seria liquidado y su pensión de vejez estaría en riesgo, la posibilidad de pensionarse a una menor edad con una mesada pensional mayor, la opción de retirar el dinero aportado en el fondo pensional,

entre otros. Por lo anterior, decidió suscribir el formulario de afiliación con PORVENIR S.A. el 6 de febrero de 1995, sin que fuera informado del derecho de retracto.

Afirma que se trasladó a DAVIVIR S.A. hoy PROTECCIÓN S.A., el 12 de mayo de 1998, persistiendo las mismas fallas en la información que el anterior fondo, en cuanto a la carencia de una debida asesoría, buen consejo y falta al deber de información por parte de esa administradora de pensiones.

Enfatizo que su ingreso base de cotización de sus últimos 10 años es superior a $4.300.000, no obstante, PROTECCIÓN S.A. en diciembre de 2021 le indicó que el monto de su mesada pensional no sería superior a un (1) salario mínimo legal mensual vigente. Por ello, mediante petición radicada el 2 de febrero del 2022, solicitó a PORVENIR S.A. y a PROTECCION S.A., la nulidad de su afiliación, así como la documentación relativa a su traslado, empero, las entidades citadas negaron su solicitud de anulación. De igual manera, radicó derecho de petición ante COLPENSIONES solicitando la anulación del traslado realizado al RAIS junto con otras solicitudes, pedimento que fue negado por la entidad.

Finalmente, adujo que su mesada en el régimen de prima media con prestación definida ascendería a $4.300.000, luego, es evidente que los fondos privados incumplieron su obligación legal al no brindar información referente a las características de ambos regímenes pensionales, las prestaciones económicas de uno y otro régimen, y no efectuar las comparaciones pensionales. (folios 4 a 19 archivo 1).

Acorde con lo anterior, cabe precisar que en la etapa de fijación del litigio la activa desistió de la pretensión relacionada con el reconocimiento de la pensión de vejez.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PORVENIR S.A. al contestar, se opuso a las pretensiones declarativas y condenatorias de la demanda, arguyendo que brindó al demandante información transparente y necesaria, sobre las características del funcionamiento del fondo y los requisitos señalados en la Ley 100 de 1993

para reconocer la pensión de vejez, lo que le permitió realizar una comparación con el RPMPD en razón al conocimiento que tenía sobre el mismo y así adoptar la mejor decisión conforme a sus intereses pensionales; de lo cual da cuenta el formulario de vinculación.

Propuso como excepciones las que denomino prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas y la excepción genérica. (folios 2 a 39 archivo 15)

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a la totalidad de las pretensiones del libelo introductorio, aduciendo que no se evidencia prueba alguna de la inducción al error al actor por parte de la AFP o de algún vicio en el consentimiento, así como tampoco se observa por parte del demandante nota de protesto que permita inferir su inconformidad respecto a la vinculación a ese régimen, además, las documéntales aportadas se encuentran sujetas a derecho, por lo que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria, sin constreñimientos o presiones indebidas. Aunado a ello, indicó que el gestor no cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010 y se encuentra inmerso en la prohibición legal de traslado del artículo 2 de la Ley 797 del 2003.

Propuso como excepciones de fondo las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica. (folios 3 a 49 archivo 09).

PROTECCIÓN S.A. se opuso a las pretensiones del *petitum*, en especial las referentes a la declaratoria de nulidad y/o ineficacia, puesto que el accionante se encuentra válidamente afiliado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. En el mismo sentido, argumentó que se está frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, observándose del formulario de vinculación que suscribió el promotor, que dicho acto se realizó en forma libre y espontánea, acto que tiene

la naturaleza de un verdadero contrato, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones tanto en cabeza del Fondo como del afiliado, manifestación de voluntad que estuvo libre de presión y engaños, desvirtuándose cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento, lo que constituye una manifestación inequívoca de trasladarse a ese fondo.

Formuló como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, la innominada o genérica, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y aplicación del precedente sobre actos de relacionamiento al caso en concreto. (folios 3 a 35 archivo 10).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 24 de marzo del 2023, resolvió:

> *"**PRIMERO**: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el señor HENRY SIERRA LEGUIZAMÓN al régimen de ahorro individual el 06 de febrero de 1995, con fecha de efectividad el 01 de marzo de la misma anualidad, por intermedio de PORVENIR S.A., quedando por la ineficacia también cobijado el traslado efectuado con DAVIVIR, hoy PROTECCIÓN S.A.; en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.*
>
> ***SEGUNDO**: CONDENAR a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES, dentro del término de un (1) mes siguiente a la ejecutoria de esta decisión, la totalidad de los dineros que descontó de los aportes realizados por el señor HENRY SIERRA LEGUIZAMÓN por motivo de gastos y comisión de administración, aporte de la garantía de la pensión mínima, seguros previsionales y lo descontado por concepto de traslado, debidamente indexados, desde el nacimiento del acto ineficaz y durante el tiempo de permanencia de éste con dicho fondo con cargo a sus propios recursos y utilidades.*

TERCERO: *CONDENAR a PROTECCIÓN S.A. -ultimo fondo al que se encuentra afiliado actualmente el demandante- a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación por traslado horizontal de fondo del demandante, tales como aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales-, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de la pensión mínima; así como los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por seguro previsional, debidamente indexados desde el traslado horizontal y hasta que se efectúe su pago, los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos y utilidades, sin deducción alguna por gastos de traslado, contenidos en la cuenta de ahorro individual del señor HENRY SIERRA LEGUIZAMÓN. Para ello se concede el término de un (1) mes siguiente a la ejecutoria de esta providencia. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique*

CUARTO: *CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a activar la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral.*

QUINTO: *DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por COLPENSIONES, PORVENIR y PROTECCIÓN, conforme a lo motivado.*

SEXTO: *CONDENAR en COSTAS DE ESTA INSTANCIA a las demandadas y a favor del demandante. Liquídense por Secretaría, incluyendo como agencias en derecho la suma de $1.000.000 a cargo de PORVENIR S.A. y la suma de $300.000 a cargo de COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A., para cada una.*

SÉPTIMO: *CONSULTAR esta decisión con la Sala Laboral del H. Tribunal Superior del Distrito de Bogotá D.C., por ser adversa a los intereses de COLPENSIONES, en caso de no ser apelada oportunamente.*

Para arribar a dicha conclusión, indicó la a-quo en primer lugar que el caso debe abarcarse bajo la figura de la ineficacia y no de las nulidades sustanciales, según lo establecido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pues esa Corporación ha dictado que la ineficacia es la respuesta frente a la eventual falta de información en la que incurren las AFP.

Seguidamente, expuso que los literales b) y e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, establecen que la afiliación a un régimen pensional será válida siempre y cuando esta sea libre y voluntaria, siendo este último aspecto con la particularidad de que se conozcan las consecuencias de la decisión del traslado, el cual no puede estimarse satisfecho por la simple expresión

genérica de los formatos de afiliación, todo esto sostenido por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Continuando con el análisis de las pretensiones de la demanda, dijo que desde el nacimiento de los fondos de pensiones existe el deber de información y que cuando un afiliado alega no haber recibido la información suficiente, ello conlleva a que la carga de la prueba quede en cabeza de los fondos de pensiones privado, en tanto son ellos los obligados a demostrar el cabal cumplimiento de la información suministrada, lo cual no se convalida con los traslados horizontales o las re asesorías posteriores.

Por todo lo anterior, la Juez de instancia determinó que este deber no había sido cumplido por PORVENIR S.A. en 1995, por lo que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional a través de ese fondo, al igual que el traslado horizontal a DAVIVIR S.A., hoy PROTECCIÓN S.A., además, ordenó a esta última devolver a COLPENSIONES las sumas que se encuentran en la cuenta de ahorro individual del actor, tales como cotizaciones, bonos pensionales, junto con sus rendimientos y los dineros destinados a cubrir la garantía de pensión mínima, así como los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por seguro previsional debidamente indexados, rubros estos últimos que también debe retornar PORVENIR S.A. De otro lado, declaró no probada la excepción de descapitalización del sistema y prescripción, y condenó en costas a los demandados.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión, la demandada PORVENIR S.A. apeló. Al respecto, manifestó su disenso ante el numeral segundo de la sentencia de instancia, la cual adujo que todas las sumas de la cuenta de ahorro individual de la parte actora fueron trasladas a PROTECCION S.A. desde 1998. Adicionalmente, alegó la imposibilidad de devolver los gastos de administración, debido a que son obligaciones de tracto sucesivo y su naturaleza no es financiar una mesada pensional, descuentos que efectuó según lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, por lo que su retorno a COLPENSIONES generaría un enriquecimiento sin justa causa.

De igual manera, alega que los valores destinados a los seguros previsionales, no se encuentran en sus arcas, sino que los mismos ya fueron traslados a las aseguradoras correspondientes para cubrir las posibles contingencias de invalidez y sobrevivencia del actor, además, afirmo que no hay razón alguna para generar una indexación teniendo en cuenta que los rendimientos superan con creces cualquier situación de devaluación económica.

COLPENSIONES en su apelación sostuvo que, conforme al interrogatorio practicado al demandante, este logro señalar las características propias del régimen de ahorro individual con solidaridad, la posibilidad de pensionarse en menos tiempo y que su pensión podría ser mayor, así mismo, que el promotor tenía conocimiento de los extractos pensionales.

Igualmente, se refirió sobre la posibilidad de afectación al principio de sostenibilidad financiera señalando que, conforme al precedente Constitucional, no resulta procedente cambiar de régimen cuando una persona se encuentra en la prohibición legal de traslado. Asimismo, explicó que, en caso de un posible retorno, no se tiene la certeza del cálculo de cotizaciones necesarias que los nuevos afiliados deban realizar para financiar la garantía pensional del actor. Por último, manifiesta su oposición a la condena en costas y agencias del derecho, ya que aduce que la demandada actuó en cumplimiento a la ley.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

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

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

irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

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

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

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

beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto", criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

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

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fue aportado el formulario de afiliación que efectuó el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través PORVENIR S.A. el 6 de febrero de

1995 y el formulario mediante el cual se trasladó a DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A., el 12 de mayo de 1998, vinculaciones que se hicieron efectivas el 1º de marzo de 1995 y el 1º de julio de 1997, respectivamente, según el reporte SIAFP. (folios 96 y 98 archivo 08 y folios 44 y 97 archivo 10).

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

Por otra parte, el demandante señor HENRY SIERRA LEGUIZAMÓN en el interrogatorio de parte a él practicado, expuso que los asesores de PORVENIR S.A. llevaron a cabo una reunión en el lugar en donde trabajaba, momento en el cual, le informaron que iba a pensionarse en menos tiempo y que tendría una pensión mucho mayor, además le dijeron que el ISS iba a desaparecer, sin ofrecer más información. Añadió que su traslado a PROTECCIÓN S.A. obedeció a que no hubo un re-afirmamiento por parte de su anterior fondo pensional. Adicionalmente, explicó que la razón por la cual quiere retornar al régimen de prima media obedece a que la información que le suministró el fondo privado al trasladarse no corresponde a la realidad.

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

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

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

	Circular Externa No. 016 de 2016	

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

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

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración, respecto de los cuales PORVENIR S.A. hace alusión en su alzada, debe memorarse que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló al respecto:

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

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

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

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

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

En otro giro, respecto a una posible vulneración al principio de sostenibilidad financiera al declararse la ineficacia del traslado, el cual trae a colación COLPENSIONES en su apelación, conviene recordar que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló sobre el particular:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De ese modo, luce acertada la decisión de la Juez de instancia de declarar la ineficacia del traslado y ordenar la devolución de los emolumentos que dispuso en la sentencia de primer grado junto, con la indexación allí dispuesta, por lo habrá de confirmarse en su integridad la sentencia confutada.

COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 24 de marzo del 2023 por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES. Se fija como agencias en derecho la suma de $500.000, a cargo

de cada una y a favor de la parte actora, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **23 2022 00367 01**
Demandante:	NEIDA DE JESUS JARAVA DE LA OSSA
Demandados:	COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

AUTO:

Se reconoce personería jurídica para actuar en representación de PORVENIR S.A. a la abogada NEDY JOHANA DALLOS PICO, identificada con cédula de ciudadanía 1.019.135.990 y T.P. 373.640 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., en contra de la sentencia proferida el 13 de marzo del 2023 por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora NEIDA DE JESUS JARAVA DE LA OSSA promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., a fin de declararse la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PORVENIR S.A., por omisión en el deber de información y que continúa afiliada al régimen de prima media que administrado por COLPENSIONES.

Como consecuencia de tales declaraciones, pretende se ordene a PORVENIR S.A. traslade a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado; más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra* y *extra petita,* junto con las costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 16 de junio de 1963, y efectuó cotizaciones a partir del 11 de abril de 1990 al extinto INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES en donde alcanzó 295 semanas, no obstante, en el reporte expedido por PORVENIR S.A. se relacionan 296.2 semanas cotizadas en ese régimen y 1050.5 al RAIS, para un total de 1351 semanas.

Seguidamente, relató que en el fondo privado reúne un capital de $181.197.540, en donde se encuentra afiliada desde noviembre de 1996, precisando que al momento de realizar el traslado de régimen no recibió una asesoría en la que se le informará con claridad y precisión las consecuencias del cambio de régimen pensional, se le explicaran las ventajas y desventajas de cada uno de los sistemas pensionales existentes al momento del traslado, luego, el fondo privado violó el deber de información y los principios de buena fe y transparencia al no dar una información completa y especializada sobre riegos del traslado como tal.

A continuación, refirió que suscribió libre y voluntariamente el formulario de afiliación, sin embargo, del mismo no se colige el cumplimento del deber de

información. De otra parte, señaló que el 29 de julio de 2022, solicitó a COLPENSIONES dejar sin efecto la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, la cual fue denegada por la entidad el 4 de agosto de 2022. (archivo 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones de la demanda, señalando que la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, ejerciendo su derecho a la libre escogencia de régimen pensional. Enfatizando que si bien desconoce las circunstancias de tiempo, modo y lugar mediante las cuales se llevó a cabo la asesoría, no puede obviarse que si la actora decidió que su mesada pensional estuviera regida por las características propias del régimen de ahorro individual con solidaridad, ello obedece a la información que le fuera brindada por parte de los asesores de la AFP para que efectuara el traslado, aunado a que no obra prueba de algún vicio en el consentimiento al momento de su afiliación que llegue a invalidar la misma.

Formuló como medios exceptivos los denominados la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en casos de ineficacia de traslado de régimen, imposibilidad de declarar la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de COLPENSIONES, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica. (archivo 10).

PORVENIR S.A. contestó con oposición a las pretensiones de la demanda, arguyendo que el traslado de régimen pensional de la demandante al régimen que administra fue completamente válido, ya que estuvo precedido de una asesoría oportuna, profesional, informada y ajustado a lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto No. 663 de 1993. Destacando que solo hasta la

expedición del Decreto 2555 de 2010, el Decreto 2071 de 2015 y la Ley 1748 de 2015, las administradoras de pensiones adquirieron la obligación de asesoría e información, tanto para sus afiliados como para el público en general, obligación que no estaba a su cargo al momento del traslado de régimen de la gestora, aunado a que ésta suscribió el formulario de afiliación de forma libre y espontanea tras haber recibido información clara, veraz y oportuna.

Formuló como excepciones las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (archivo 11).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 13 de marzo del 2023, resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado de la demandante NEIDA DE JESUS JARAVA DE LA OSSA al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A., conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.*
>
> *SEGUNDO: CONDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a devolver o trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora sin la posibilidad de descuento alguno ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia, incluidos los gastos administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados desde la fecha de causación hasta la fecha de su pago, y con cargo a sus propios recursos, pues tales conceptos, desde el nacimiento del acto ineficaz, debieron ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado y nunca debieron ser recibidos por la demandada.*
>
> *TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir a la señora NEIDA DE JESUS JARAVA DE LA OSSA, en el Régimen de Prima Media, como si nunca se hubiese retirado de dicho régimen y a corregir su historia laboral, conforme a las semanas cotizadas en el Régimen de Ahorro Individual.*

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS a la demandada PORVENIR S.A. a favor de la parte demandante.

SEXTO: ORDENAR así fuere apelado este fallo en su oportunidad, se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA ante el Superior, en razón que las pretensiones son adversas a COLPENSIONES. SE NOTIFICA EN ESTRADOS."

Para arribar a dicha conclusión, el *a-quo* precisó que el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establece que la libertad de escogencia de régimen pensional es un derecho de los afiliados. Asimismo, trajo a colación el artículo 1604 del Código Civil, el cual establece que la prueba del cuidado o la diligencia en los contratos incumbe al que ha debido emplearlo, por lo que considera que está en cabeza de las AFP probar el cumplimiento del deber de información a raíz de la responsabilidad profesional que ostentan. Seguidamente, adujo que se probó que la demandante estuvo afiliado al régimen de prima media con prestación definida y se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad el cual fue efectivo a partir del 1º de noviembre de 1996 en donde efectúa cotizaciones a la fecha.

De otro lado, señaló que la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral ha establecido sobre las AFP la labor de brindar información cierta, completa, suficiente, necesaria y oportuna de las características de los regímenes pensionales, la inversión de la carga de la prueba en los procesos de esta naturaleza y la no relevancia de situaciones como el régimen de transición o tener una expectativa legítima, por lo que de no cumplir con tales presupuestos, según los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, lo que procede es la ineficacia del traslado.

Descendiendo al caso en concreto, relaciona las pruebas documentales aportadas por las partes, así como el interrogatorio de parte practicado a la demandante, concluyendo que no se acreditó el cumplimiento del deber de información por parte de PORVENIR S.A. en el momento del traslado de la actora, declarando la ineficacia del traslado de régimen y ordenando la devolución por parte de ese fondo a COLPENSIONES de todos los emolumentos

que proceden ante tal evento. Declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas a PORVENIR S.A.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación contra la sentencia proferida. Al respecto, sostuvo que la demandante realizó el traslado de régimen pensional de manera voluntaria, informada y sin presiones, de lo cual da cuenta el formulario de afiliación al cual no se le puede restar validez.
Adicionalmente, agregó que se deben dar las restituciones mutuas a las que haya lugar, dado que no es dable retornar los rendimientos financieros que se hubiesen generado en el ISS, y que, en virtud de las restituciones mutuas, tampoco sería plausible devolver los gastos de administración y las primas de seguros previsionales, haciendo hincapié que estas últimas ya no se encuentran en poder de la entidad y por ley le es posible hacer tales descuentos, sin que menos aun sea viable condenar a devolver indexados tales emolumentos.

COLPENSIONES en su alzada manifestó que la demandante si recibió información al momento del traslado por parte del fondo en el año 1996, obligación que solo surgió en el año 2008, además existen traslados horizontales lo que genera una aceptación tácita de las condiciones de ese régimen, sin que sea dable retornar después de tanto años al que administra, por lo que solicita se revoque la sentencia de instancia y no se le condene en costas.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fue aportado el formulario de afiliación que efectuó la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través PORVENIR S.A. el 26 de septiembre de 1996, vinculación que se hizo efectiva el 1º de noviembre de 1996 según el reporte SIAFP. Además se aportó el formulario de afiliación a HORIZONTE el 2 de junio de 2023, vigente desde el 1º de agosto de ese año. (folios 28, 30 y 92 archivo 06). Formularios que, si bien refieren que la decisión se adoptó de manera libre y voluntaria, no acredita que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *"Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado".*

Por otra parte, la demandante señora NEIDA DE JESUS JARAVA DE LA OSSA en el interrogatorio de parte a ella practicado, expuso que en septiembre de 1996 se presentó un asesor de PORVENIR S.A. en su lugar de trabajo, quien le dijo que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES se iba a liquidar, sin embargo, después adujo que el asesor le dijo que los aportes pasarían al fondo privado y que se podía pensionar anticipadamente; refirió que el asesor diligenció el formulario de vinculación, pero no lo leyó. Expuso que su traslado a HORIZONTE se dio por cuanto cambió de trabajo y quería hacer un ahorro, que realizó aportes voluntarios, pero ya los retiró.

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

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

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

	Circular Externa No. 016 de 2016	

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado la actora para el año 1996, una *"Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*".

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

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración, aspecto sobre el cual manifiesta su disenso PORVENIR S.A., debe memorarse que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, ha señalado al respecto:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»".

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción".

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

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

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

Así las cosas, no se evidencia yerro alguno en la decisión del *a quo* y las condenas que impartió. Adicionalmente, debe indicarse que al no resultar avante el recurso impetrado por COLPENSIONES, es viable la condena en costas, conforme lo reglado en el artículo 365 del C.G.P.

Colorario de lo anterior, se confirmará la sentencia de primer grado. **COSTAS** en esta instancia a cargo de las recurrentes.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 13 de marzo del 2023 por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes COLPENSIONES y PORVENIR S.A. Se fija como agencias en derecho la suma de $500.000, a cargo de cada una, y a favor de la parte actora; las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **23 2021 00366 01**
Demandante:	OSCAR GUERRA OLIVEROS
Demandado:	COLVISEG LTDA.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar el presente proceso en el grado jurisdiccional de consulta de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la sentencia de primera instancia proferida el 19 de octubre de 2022 por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá fue totalmente adversa a las pretensiones del demandante.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor OSCAR GUERRA OLIVEROS promovió demanda ordinaria en contra de COLVISEG LTDA., a fin de declararse que con la encartada existió un contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 16 de noviembre de 2012 y el 27 de agosto de 2020.

Por consiguiente, se condene a la demandada al pago de la indemnización por despido sin justa causa en los términos del artículo 64 del C.S.T.

Asimismo, se ordene a la pasiva a reintegrarlo, junto con el pago de la indemnización dispuesta en la Ley 361 de 1997.

Como pretensiones de carácter subsidiario, solicitó el pago de indexación, indemnización de que trata el artículo 65 del C.S.T., costas procesales y lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que ingresó al servicio de la demandada el 16 de noviembre de 2012 desempeñando el cargo de Guarda de Seguridad, encontrándose subordinado en todo momento por la encartada, devengando como última retribución salarial mensual la suma de $1.250.000.

Relató que su horario de trabajo era de 6:00 p.m. a 6:00 a.m. de lunes a lunes, laborando durante los últimos dos meses de relación en horario de 8:00 a.m. a 5:00 p.m., así como que se encontraba afiliado al sistema de seguridad social integral.

Que se le despidió sin justa causa el 27 de agosto de 2020, encontrándose en tratamiento médico y con fecha aproximada para cirugía de trasplante de cadera, tan es así que el 4 de agosto de esa anualidad, ya se le había otorgado una cita médica para el día 15 de septiembre de 2020, situación que le fue comunicada a la encartada.

Refirió que nunca fue objeto de llamados de atención ni fue llamado a descargos, al igual que para el momento del finiquito laboral se encontraba en terapias.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLVISEG LTDA. contestó la demanda aceptando lo referente a la existencia del contrato de trabajo con el demandante y el cargo desempeñado, pero arguyendo que el último salario devengado por el actor ascendió a la suma de $1.180.561.

Asimismo, puso de presente que la finalización de la relación laboral sucedió a razón de un despido con justa causa como quedó consignado en la carta de finiquito adiada el 27 de agosto de 2020. En cuanto al quebranto de salud alegado por el demandante, refirió que puso de presenta tal situación con posterioridad a la finalización de la relación laboral.

Formuló como medios exceptivos los denominados inexistencia de la obligación y ausencia de estabilidad ocupacional reforzada, pago y buena fe.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 19 de octubre de 2022, declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido por el periodo comprendido entre el 16 de noviembre de 2012 y el 27 de agosto de 2020, donde el demandante desempeñó el cargo de Guarda de Seguridad, devengando como último salario básico la suma de $877.803, absolviendo a la encartada de las pretensiones formuladas en su contra.

Para arribar a dicha conclusión, indicó en primer lugar que, dentro del asunto de marras quedó plenamente acreditada la relación laboral que unió a las partes por el periodo comprendido entre el 16 de noviembre de 2012 y el 27 de agosto de 2020, en la que el demandante se desempeñó como Guarda de Seguridad, devengando como último salario la suma de $877.803.

Que en lo que atañe a la modalidad contractual, arguyó las distintas formas de suscripción del contrato de trabajo al tenor de lo estatuido en el artículo 45 del C.S.T., al igual que los artículos 47 y 48 de la misma disposición normativa contemplan que el contrato a término fijo debe constar siempre por escrito, concluyendo entonces que el vínculo laboral que unió a las partes lo fue a término indefinido como quiera que no yace documento que refleje el contrato escrito.

Indicó respecto al reintegro, que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 dispuso que ningún caso la limitación de una persona puede ser motivo para obstaculizar la relación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable, como tampoco que ninguna persona limitada podrá despedírsele a razón de su limitación, salvo cuando medie autorización de la oficina del trabajo.

Que al unísono, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha determinado que para que el despido sea ineficaz y opere la estabilidad laboral en condición de discapacidad, deben concurrir varios presupuestos como lo son: (i) que el trabajador padezca un estado de discapacidad de grado moderado, severo o profundo, (ii) que el empleador tenga conocimiento de dicho estado de discapacidad, (iii) que el empleador despida al trabajador de manera unilateral y sin justa causa y, (iv) que el patrono no solicite la correspondiente autorización del ministerio del trabajo.

En tal sentido, concluyó que del caudal probatorio acreditado al plenario, primeramente no se evidencia que las patologías alegadas por el demandante se le hubiesen puesto en conocimiento a la encartada con anterioridad a la terminación de la relación laboral, de allí que no se pueda tener por cierto que el empleador conocía de la afección en salud alegada, al igual que no se demuestra que el actor se encontrara en situación de discapacidad que le impidiera y dificultara en grado sustancial el desempeño de sus funciones,

pues a pesar de que fue diagnosticado con padecimientos en cadera derecha con limitación para la movilidad, la protección labora reforzada se otorga a aquellos trabajadores en condición de discapacidad, mas no de incapacidad, adicional a que el demandante para el momento del finiquito no se encontraba incapacitado, por lo que la patología alegada no puede entenderse como relevante o un impacto notorio para el desempeño de sus labores, conllevando así a absolver sobre este punto.

En lo que respecta a la indemnización por despido sin justa causa dispuesta en el artículo 64 del C.S.T., expuso que los artículos 61 y 62 del mismo cuerpo normativo, contemplan de manera taxativa las justas causas para la finalización del contrato de trabajo, siendo acreditado entonces dentro del presente asunto la carta de despido por la empleadora para con el demandante, donde se estableció la configuración de una de las causales propias del despido como lo fue el hecho que extrajo sin autorización insumos de la cafetería de la entidad financiera Banco Davivienda donde la encartada prestaba los servicios de vigilancia, conducta que por demás se acompasa con los artículos 53 y 60 del referido código del trabajo, concluyendo entonces que el despido fue ajustado a derecho, sin que proceda condena alguna respecto de esta pretensión.

Frente a la indemnización moratoria en los términos del artículo 65 del C.S.T., también decidió no imponer condena toda vez que de la liquidación de prestaciones sociales se aprecia que al demandante le fueron canceladas en legal orden sus acreencias laborales.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

La sentencia de primera instancia se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante, como quiera que la decisión fue totalmente

adversa a sus pretensiones, dando así aplicabilidad a lo consagrado en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales en legal forma y sin existir causal de nulidad que invalide lo actuado, en atención del grado jurisdiccional de consulta que se analiza el presente asunto a favor del demandante, la Sala analizará primeramente si es merecedor de la garantía de estabilidad laboral reforzada dispuesta en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, en aras de que goce de prosperidad el reintegro perseguido, junto con el pago de la indemnización correspondiente.

De no gozar de prosperidad lo anterior, la Sala auscultará si al demandante le asiste derecho al reconocimiento y pago de las indemnizaciones por despido sin justa causa y moratoria ante el no pago oportuno de salarios y prestaciones sociales dispuestas en los artículos 64 y 65 del C.S.T. respectivamente.

c. Del caso en concreto:

Previo al abordaje de los planteamientos jurídicos expuestos en precedencia, sea lo primero indicar que no fue objeto de reproche que entre el aquí demandante señor OSCAR GUERRA OLIVEROS y la demandada COLVISEG LTDA existió un contrato de trabajo a término indefinido por el periodo

comprendido entre el 16 de noviembre de 2012 y el 27 de agosto de 2020, donde el actor desempeñó el cargo de Guarda de Seguridad, devengando como última salario la suma de $877.803, prueba de ello lo es la aceptación de los extremos que realizara la encartada con la contestación de demanda, así como la carta de finalización del vínculo por parte de la pasiva al actor el 27 de agosto de 2020 (Fls. 33 a 35 – PDF 09 CONTESTACIÓN DEMANDA).

d. De la estabilidad laboral dispuesta en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997:

En torno al problema jurídico planteado, se advierte que según lo expuesto por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL882-2022, Radicación No. 88057 de 22 de marzo de 2022, la garantía establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, debe ser entendida en forma sistemática, en tanto su fin es proteger la estabilidad laboral frente a comportamientos discriminatorios del empleador, fundados en deficiencias físicas, sensoriales o mentales, así:

> *"[…] la Sala debe recordar la tesis sostenida por esta corporación en torno a la protección legal y constitucional de dichas personas, conforme al artículo 26 de la Ley 361 de 1997.*
>
> *"La Corte ha sostenido que el origen de la protección especial que se depara a las personas en situación de discapacidad se encuentra en el artículo 13 de la Constitución Política. Esta norma superior, tras declarar que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, precisa que el Estado «promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados» y que, en función de ello, «protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan» (CSJ SL4412-2021).*
>
> *"Sobre ese sustrato constitucional, esta corporación le ha dado un entendimiento al artículo 26 de la Ley 361 de 1997. Así, en repetidas oportunidades, entre otras, en las sentencias CSJ SL6850-2016; CSJ SL11411-2017, CSJ SL3772-2018, CSJ SL711-2021 y CSJ SL582-2022, la*

Corte ha orientado que la protección de la estabilidad laboral reforzada por condiciones de salud constituye un límite especial a la libertad de despido unilateral con que cuentan los empleadores. Su fundamento abarca, además de la norma constitucional ya indicada, otras del mismo orden que propenden por la conservación del empleo y por la prohibición de la discriminación en razón de la existencia de cualquier limitación física o sensorial.

"En efecto, en la última providencia indicada, la Sala recordó el análisis de las normas que regulan el denominado principio de estabilidad laboral reforzada de las personas en situación de discapacidad, señalando que el mismo tiene por venero:

"[…] diversos artículos [de la norma superior]. Por ejemplo, el 13, en tanto prevé que el Estado debe promover las condiciones para que el mandato de igualdad sea real y efectivo, particularmente tratándose de aquellas personas que por razones económicas, físicas o mentales se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta; el 47 y 54, que establecen el deber de crear e implementar una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, así como de ofrecer formación profesional y técnica a quienes lo requieran, y garantizar a las personas en situación de discapacidad el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud; el mismo artículo 53 sobre el estatuto del trabajo, el cual, dentro de sus principios debe incluir igualdad de oportunidades para los trabajadores, estabilidad en el empleo, primacía de la realidad sobre las formalidades, garantía a la seguridad social, capacitación; el 95, que dispone el deber de solidaridad con dichas personas, y por último, el artículo 366, que establece, el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado, haciendo énfasis en que la educación de las personas con limitaciones físicas o mentales, o con capacidades excepcionales, son obligaciones especiales del Estado.

"Y añadió, que tales preceptos, además,

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

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

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

"En ese contexto, en relación con la garantía del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, la Sala tiene adoctrinado que su lectura debe ser sistemática, en tanto acuda a las demás fuentes jurídicas de protección a la discapacidad y, sobre todo, con su finalidad y los bienes jurídicos que busca proteger, que no son otros que la no discriminación en el empleo o, en otras palabras, la salvaguarda de la estabilidad laboral frente a comportamientos discriminatorios del empleador, fundados en deficiencias físicas, sensoriales o mentales (CSJ SL1360-2018).

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

"[…] carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación sin que exista autorización previa de la oficina de Trabajo que constate la configuración de la

existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato. [Subraya añadida por la Sala]

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En el transcurrir del trámite procesal se practicó el interrogatorio de parte del Representante Legal de la demandada señor JAIME ESPINOZA SALAZAR, quien manifestó que, el demandante tuvo una vinculación con la empresa mediante contrato escrito de trabajo a término fijo desde el 2012 hasta el 2021, así como que su finalización sucedió ante la existencia de una justa causa para su finalización consistente en que el actor en un día normal de trabajo fue descubierto en posesión de unos bienes de consumo de propiedad del cliente a quien se le estaba prestando los servicios de vigilancia.

Que previo al despido, al demandante se le efectuaron los correspondientes descargos, puntualizando además que el actor nunca comunicó que se encontraba en tratamiento médico y terapias, tan es así que las afectaciones en salud las comunicó a la empresa tiempo después de la finalización del contrato de trabajo a razón de un derecho de petición que radicó el 18 de septiembre de 2020.

No es cierto que el actor le hubiese notificado a la empresa la cita de control que tenía para el 15 de septiembre de 2020 por el trasplante de cadera, iterando que dicha información tan solo se le notificó a la empresa con posterioridad a la finalización del vínculo contractual, con ocasión al derecho de petición que elevara el 18 de septiembre de 2020, como tampoco que el actor hubiese sido objeto de terapias durante la vigencia del contrato.

El demandante señor OSCAR GUERRA OLIVEROS expuso en el interrogatorio de parte practicado que en la actualidad trabaja en seguridad, al igual que trabajó al servicio de la empresa demandada como Guarda de Seguridad desde el 16 de noviembre de 2012 hasta el 27 de agosto de 2020, finiquito que sucedió a razón de que el 19 de agosto de 2020 fue hallado en posesión de unos insumos o consumibles de la cafetería de propiedad del Banco Davivienda en la Sucursal Fátima de Bogotá donde la encartada le prestaba servicios de vigilancia.

Frente a su estado de salud, manifestó que en la actualidad no se le ha practicado ninguna cirugía, encontrándose en control médico, exponiéndose a su vez que de manera verbal le puso en conocimiento su estado de salud a su jefe inmediato, pero sin que presentara información alguna por escrito a la empresa.

Que los insumos de cafetería estaban dispuestos para el uso del personal de empleados del Banco Davivienda de la Sucursal Fátima de Bogotá, de allí que se le citara a diligencia de descargos del 20 de agosto de 2020, siendo escuchado allí, así como que durante la vigencia de la relación laboral recibió mes a mes el pago de los salarios convenidos, y que a la finalización del contrato le fue cancelada la suma de $2.821.775 por concepto de liquidación de prestaciones sociales.

Manifestó que tan solo hasta el 18 de septiembre de 2020 allegó a la empresa a través de derecho de petición la consulta médica que tenía para el 4 de agosto de 2020.

Puestas así las cosas, al tenor de los preceptos jurisprudenciales esbozados, en el asunto de marras y, como lo determinó el fallador de primer grado, el demandante no logró demostrar la configuración de alguna limitación física, psíquica o sensorial con el carácter de moderada dentro del asunto de marras en lo que atañe a la afectación en la salud pregonada, ni mucho menos una pérdida de capacidad laboral mínimamente del 15%, pues nótese que en el caudal probatorio acreditado al plenario, especialmente el documental, si bien se presentaron evoluciones generales del 4 de agosto de 2020, anteriores al finiquito y que evidencia que el paciente para ese momento se encontraba con dolor o quebranto de cadera derecha con algún dolor de limitación para la movilidad, tales aspectos no advierten una decadencia notoria o afectación trascendental en su salud que configuren una discapacidad trascendental bajo los preceptos determinados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sumado a que, según lo expuso el actor en el interrogatorio de parte rendido, en todo momento desempeñó el ejercicio de su actividad laboral.

Ahora, también yace un reproche relevante para la negativa del amparo, como es el hecho de que no obra ninguna prueba arrimada al plenario que para el momento de la terminación del contrato de trabajo el demandante hubiese comunicado al empleador las afecciones traídas a juicio; tanto así, que esa comunicación la puso de presente el actor mediante derecho de petición luego del finiquito, más exactamente el mes de septiembre de 2020, aspectos todos por los que se puede colegir que no hay lugar a la configuración de la estabilidad laboral reforzada y, en tal sentido, habrá de confirmarse este puntual aspecto.

e. Del despido sin justa causa:

Vale advertir que en tratándose a la demostración de la terminación del contrato de trabajo por despido sin justa causa, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reiterada jurisprudencia, tales como la sentencias SL4416-2021, Radicación No. 82850 del 22 de septiembre de 2021, SL4233-2021, Radicación No. 79105 del 14 de septiembre de 2021, SL1684-2022, Radicación No. 86012 del 17 de mayo de 2022, SL1582-2022, Radicación No. 85407 del 10 de mayo de 2022, SL1459-2022, Radicación No. 88111 del 4 de mayo de 2022, entre otras, ha enfatizado que le corresponde al trabajador demostrar el despido y, al empleador, probar la justa causa invocada para la terminación del contrato de trabajo.

Tal tópico probatorio se encuentra plenamente acreditado al plenario con la carta de terminación del contrato de trabajo calendada el 27 de agosto de 2020, donde se le endilgó al demandante una conducta que llevase a cabo el día 19 de agosto de 2020 atinente a la extracción sin autorización alguna de insumos de la cafetería de una sede del Banco Davivienda, entidad financiera donde la encartada le prestaba servicios de seguridad, consistente en una gran cantidad de café que fue encontrado en una maleta de su propiedad, constituyéndose así una falta a las obligaciones consignadas en la cláusula sexta de su contrato de trabajo, así como el reglamento interno de trabajo en su numeral 20, artículo 53 literal d), artículo 48 numeral 22 y el numeral 6º del artículo 62 del C.S.T.

La anterior conducta no fue reprochada como desconocida por el antor, puesto que confesó dicho cometido en el interrogatorio de parte practicado dentro del presente asunto, así lo sostuvo en la diligencia que llevase a cabo ante la encartada el 20 de agosto de 2020 como lo demuestran las respectivas pruebas documentales.

Al respecto, vale la pena destacar que para el análisis de la finalización de un contrato de trabajo, debe tenerse en cuenta lo establecido en el numeral 6º del literal a) del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, que subrogó el artículo 62 del C.S.T., y que contempla como justa causa para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo por parte del empleador "*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".*

Significa lo anterior que, la disposición normativa en comento, consagra dos situaciones diferentes que se consideran como justa causas para la terminación del contrato de trabajo, siendo la primera cualquier violación grave de las obligaciones y prohibiciones que incumbe al trabajador de conformidad con lo dispuesto en los artículos 58 y 60 del C.S.T., mientras que la segunda se circunscribe a las faltas graves que se califique en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos.

Bajo esta óptica, la Sala de Casación Laboral ha precisado que las obligaciones que le incumben en tratándose como las causales propias del C.S.T., deben ser evaluadas por el Juez del trabajo y no por las partes, mientras que las establecidas en pactos o convenciones, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos, sí se determinan como causal justa para el finiquito laboral, deben ser entendidas como tal, así se precisó en la sentencia SL2309-2020, radicación No. 81231 del 7 de julio de 2020.

Asimismo, la Corte en sentencia SL187-2018 lo siguiente:

> *"Sobre la hermenéutica del citado texto normativo ya ha tenido oportunidad de pronunciarse esta Corporación, entre otras sentencias en*

la proferida el 18 de septiembre de 1973, en la cual se dijo:

"Es indudable que en el numeral 6° del aparte a) del artículo 7° del Decreto 2351 de 1965, se consagran dos situaciones diferentes que son causas de terminación unilateral del contrato de trabajo. Una es <cualquier violación grave de las obligaciones y prohibiciones que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo> y otra es <… cualquier falta grave calificada como tal en pactos o en convenciones colectivas, fallos arbitrales, contractuales o reglamentos...>.

"En cuanto a la primera situación contemplada por el numeral señalado, es posible la calificación de la gravedad de la violación (…) En cuanto a la segunda situación contemplada por el numeral referido, es claro que la calificación de la gravedad de la falta corresponde a los pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentarios en que se consagran esas faltas con tal calificativo…'

"'El diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, edición 1970 dice que falta en su segunda acepción es: <Defecto en el obrar, quebrantamiento de la obligación de cada una> y en cuanto a la violación indicada: <Acción y efecto de violar>, y define el verbo violar como <infringir> o quebrantar una ley o precepto'.

"Por lo anterior se concluye que la diferencia entre violación de las obligaciones del trabajador y la falta cometida por el mismo, no es lo que determina la diferencia entre las dos partes del numeral indicado. La violación de las obligaciones y prohibiciones a que se refieren los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, constituye por sí misma una falta, pero esa violación ha de ser grave para que resulte justa causa de terminación del contrato. Por otra parte, cualquier falta que se establezca en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos, implica una violación de lo dispuesto en tales actos, que si se califica en ellos de grave, constituye justa causa para dar por terminado el contrato.

"En el primer concepto la gravedad debe ser calificada por el que aplique la norma, en el segundo la calificación de grave ha de constar en los actos que consagran la falta …'

"Y en sentencia de 19 de septiembre de 2001, radicación 15822, así razonó esta Corporación:

"Sobre esta facultad, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral ha esbozado en múltiples fallos que la calificación de la gravedad de la falta corresponde a los pactos, convenciones colectivas, fallos

arbitrales, contratos individuales o reglamentos en los que se estipulan esas infracciones con dicho calificativo. Por ello, cualquier incumplimiento que se establezca en aquéllos, implica una violación de lo dispuesto en esos actos, que si se califican de grave, constituye causa justa para fenecer el contrato; no puede, el juez unipersonal o colegiado, entrar de nuevo a declarar la gravedad o no de la falta. Lo debe hacer, necesariamente, cuando la omisión imputada sea la violación de las obligaciones especiales y prohibiciones a que se refieren los artículos 58 y 60 del C.S. del T. Lo importante es que el asalariado incurra en una de las faltas calificadas de graves por el reglamento interno de trabajo, sin importar si ella, produjo daño o beneficio para la entidad patronal" (Subraya la Sala)."

Así entonces, advierte la Sala que, según lo advertido, más exactamente lo atinente a las conductas endilgadas al tenor de los preceptos del reglamento interno de trabajo, la empleadora suscitó como causal justificativa del despido lo dispuesto en el numeral 22 del artículo 48, que se encamina a *"Incumplir cualquier consigna o instrucción general y/o especial que haya recibido para la realización del servicio de vigilancia o para el desarrollo de la labor"*.

Asu vez, en tratándose de la legalidad propia, el numeral 5º del artículo 62 del C.S.T., consigna que *"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"*, lo que conlleva a su vez, que una de las prohibiciones de la conducta se enmarque en lo estatuido en el numeral 1º del artículo 60 del mismo código que refiere *"Sustraer de la fábrica, taller o establecimiento, los útiles de trabajo y las materias primas o productos elaborados. Sin permiso del {empleador}".*

Por tal razón, la Sala puede colegir que en efecto la conducta llevada a cabo por el trabajador y que fuese aceptada por este, la cual versó a la sustracción de café del área de cafetería de una de las sedes del Banco Davivienda donde la encartada prestaba el servicio de vigilancia, resulta encontrarse ajustada a

derecho para el finiquito laboral atendiendo las consideraciones expuestas; circunstancia por la cual, se confirmará este aspecto.

f. De la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T.:

Tratándose de la indemnización moratoria, debe indicarse que con la finalidad de proteger los derechos de los trabajadores que se han visto afectados por el incumplimiento de las obligaciones legales a cargo de su empleador, la ley laboral ha previsto algunas consecuencias económicas tendientes a resarcir el menoscabo que esta conducta pudiese causar al trabajador, incluyendo dentro de ellas, la indemnización por el no pago oportuno de las prestaciones causadas a la finalización del contrato consagrada en el artículo 65 del C.S.T.

No obstante lo anterior, precisa la Sala que la citada indemnización no opera de manera automática, ya que su imposición debe preceder del análisis de los elementos subjetivos que guiaron la conducta omisiva del empleador, que a pesar de que no sean correctos jurídicamente, puedan considerarse razonables, tal y como lo ha dicho nuestro máximo órgano de cierre, entre otras en sentencias, SL2958-2015, Radicación No. 4552 del 25 de febrero de 2015, SL8216-2016, Radicación No. 47048 del 18 de mayo de 2016, y más recientemente en la sentencia SL1682-2019, Radicación No. 40221 del 8 de mayo de 2019, SL1771-2021, Radicación No. 81466 del 12 de mayo de 2021, SL1229-2022, Radicación No. 85137 del 5 de abril de 2022, entre otras.

Puntualiza la Sala que no hay lugar a este pedimento, puesto que el mismo demandante confesó en el interrogatorio de parte que al momento de la finalización del contrato de trabajo recibió a satisfacción la totalidad del pago de su liquidación, así como que en todo momento de la relación laboral le fueron cancelados los correspondientes pagos laborales; circunstancia por la cual, la sentencia de primera instancia se confirmará en su integridad.

SIN COSTAS en esta instancia como quiera que el presente asunto se estudia en el grado jurisdiccional de consulta.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 19 de octubre de 2022 por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **23 2022 00251 01**
Demandante:	MIGUEL ANGEL LEÓN RONDÓN
Demandados:	COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

AUTO:

Se reconoce personería jurídica para actuar en representación de PORVENIR S.A. a la abogada NEDY JOHANA DALLOS PICO, identificada con cédula de ciudadanía 1.019.135.990 y T.P. 373640 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 17 de febrero de 2023 por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor MIGUEL ANGEL LEON RONDON promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., a fin de que se declare la

ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PORVENIR S.A. y que se encuentra válidamente afiliado COLPENSIONES.

Como consecuencia de tales declaraciones, pretende se condene a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES el valor total de los aportes que realizó a ese fondo, junto con los rendimientos, bonos pensionales y sumas adicionales con sus respectivos intereses. Asimismo, se ordene a COLPENSIONES reciba las sumas que se originen como consecuencia de la devolución de los anteriores conceptos y acumule la totalidad de las semanas cotizadas a ese régimen a su historia laboral. Por último, solicita se condene a lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*, más las costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 11 de noviembre de 1964 y que estuvo afiliado al régimen de prima media con prestación definida desde el 4 de julio de 1984 hasta el 31 de agosto de 2004, alcanzado un total de 541.41 semanas cotizadas en ese régimen. Agregó que, fue invitado por PORVENIR a trasladarse de régimen pensional, el cual se hizo efectivo el 1º de septiembre de 2004.

Enfatizó que, para motivar su traslado, el asesor del fondo privado le mencionó que esos fondos estaban asegurando rentabilidades muy altas, que el ISS desaparecería, insinuando que su pensión estaba en riesgo de perderse.

Destacó que al momento de trasladarse no le informaron que el monto de su mesada pensional sería inferior a la que obtendría en régimen de prima media, si efectuar proyección alguna, aunado a que no le explicaron las características de ese régimen, las diferencias entre los dos regímenes en cuanto a los requisitos de edad y tiempo cotizado, monto de la mesada pensional, efectos de los rendimientos financieros en el valor de su mesada pensional, la posibilidad de disminución del valor de la misma de acuerdo a la fluctuación del mercado; entre otros, omitiendo su deber de información al ser experta en el tema, ya que si hubiera recibido la información necesaria, suficiente, eficaz,

completa, oportuna, y comprensible de las reales implicaciones del traslado, no lo hubiera llevado a cabo.

Refirió que tampoco se le informó que no podía trasladarse de régimen después de cumplir los 52 años de edad y que solo se enteró del engaño al que había sido sometido cuando solicitó a PORVENIR S.A. un estimativo del valor de pensión, en el que advirtió que su mesada sería inferior a la que obtendría en el fondo público, por lo que solicitó su retorno al régimen de prima media con prestación definida, lo cual fue denegado. (folios 1 a 14 archivo 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones elevadas en el *petitum*, arguyendo que el actor se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad de manera libre y voluntaria ejerciendo su derecho a la libre escogencia de régimen, y que éste se encuentra inmerso en la prohibición de traslado señalada en la Ley 797 de 2003 que modificó la Ley 100 de 1993, lo que hace imposible que lo pueda tener como afiliado en el régimen que administra, pues tal situación contravendría no solo disposiciones de carácter legal sino también, se encontraría en contravención del principio constitucional de la sostenibilidad financiera del sistema, lo que acarrearía una descapitalización del fondo común administrado por COLPENSIONES.

Formuló los medios exceptivos de mérito de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de COLPENSIONES, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica. (folios 2 a 13 archivos 07).

PORVENIR S.A. contestó con oposición a las pretensiones. Al respecto, señaló que el traslado de régimen pensional efectuado por el demandante a esa

administradora de pensiones es completamente válido, por cuanto brindó la información pertinente y necesaria, la cual estuvo precedido de una asesoría oportuna, profesional, informada y con elementos de juicio objetivos, para la toma de una decisión lo más informada posible, de acuerdo con lo establecido en el numeral 1º del artículo 97 del Decreto No. 663 de 1993, normativa que contiene el deber de información oponible a las a AFP al momento en que se materializó el traslado de régimen pensional. Razón por la cual es improcedente declarar ineficaz este acto jurídico, debido a que se dio en el marco de las condiciones que están determinadas en la normatividad de público conocimiento.

Como excepciones de fondo enlistó las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (folios 2 a 37 archivo 08).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 17 de febrero de 2023, absolvió a las demandadas de las pretensiones elevadas en su contra y condenó en costas al demandante.

Para arribar a dicha conclusión, el *a-quo* precisó con fundamento en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que la libertad de escogencia de régimen pensional es un derecho de los afiliados, sin embargo, aquella debe ser informada para lograr un consentimiento libre al escoger el régimen. Asimismo, trajo a colación el artículo 1604 del Código Civil, el cual establece que la prueba del cuidado o la diligencia en los contratos incumbe al que ha debido emplearlo, por lo que considera que está en cabeza de las AFP probar el cumplimiento del deber de información a raíz de la responsabilidad profesional que ostentan.

Seguidamente, adujo que se probó que el demandante estuvo afiliado al régimen de prima media con prestación definida y se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad el cual fue efectivo a partir del 1º de septiembre de 2004 en donde efectúa cotizaciones a la fecha.

De otro lado, señaló que la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral ha establecido sobre las AFP la labor de brindar información cierta, completa, suficiente, necesaria y oportuna de las características de los regímenes pensionales, la inversión de la carga de la prueba en los procesos de esta naturaleza y la no relevancia de situaciones como el régimen de transición o tener una expectativa legítima, por lo que de no cumplir con tales presupuestos, según el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, lo que procede es la ineficacia del traslado.

Así las cosas, expuso que la Corte Suprema de Justicia ha establecido que se debe analizar cada caso en concreto, además acotó que según la línea jurisprudencial Corte Suprema de Justicia el formulario de afiliación por sí solo no da cuenta del cumplimiento del deber de información. En cuanto al interrogatorio de parte que depuso el demandante, señaló que del mismo se establecieron varias confesiones en su contra, dado que este manifestó claramente el conocimiento o la información que recibió en el momento de su vinculación respecto a la rentabilidad de sus aportes, luego, es claro que tenía conocimientos que de esa rentabilidad dependía el valor de su mesa.

Sobre las características del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, señaló que, si bien el actor no recibió la información directamente del asesor, si sabía al momento de la vinculación que su mesada dependía de los aportes realizados en los últimos 10 años. De otro lado, expuso que no podía perderse de vista el conocimiento del gestor como estadístico, su formación profesional y su trabajo en entidades que manejaban el tema pensional, por lo que realizo liquidación e indexó los valores de los últimos diez años, oportunidad en la que se dio cuenta que la pensión en el fondo privado no le favorecía, por lo que su motivación es económica, concluyendo que conocía como se liquidaban las prestaciones económicas en cada uno de los regímenes. Igualmente, cuando se le preguntó por qué no retornó a COLPENSIONES, adujo que fue una desatención de su parte, lo que no se corrige con la demanda, por lo que absolvió de las pretensiones de la demanda a las encartadas.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandante la apeló. Argumentó en su alzada que la decisión del *a-quo* se centró en la declaración del actor, quien fue

sincero, claro y espontáneo en sus respuestas, en las que sostuvo que si bien se había llevado a cabo una reunión de forma general por parte del empleador, la cual no fue personal, en la que además, no se le brindó información clara precisa y concisa en la que se le realizara una debida proyección de su mesada pensional, pues como lo mencionó, en su momento solo vio una rentabilidad.

Sin embargo, al ocuparse de su situación pensional varios años después, se dio cuenta que la proyección de su mesada de $1.300.000 no le era favorable, por lo que solicita se le devuelva a COLPENSIONES por ser más favorable. De esa forma, PORVENIR S.A. faltó a su deber de información, pues de forma engañosa dijo que el SEGURO SOCIAL se extinguiría, razón por la que se trasladó al fondo privado, luego, si el asesor no hubiese llegado, él hubiese seguido vinculado a COLPENSIONES, en donde venía realizando juiciosa cotizaciones por más de 10 años.

Reitero que PORVENIR S.A. omitió el deber de información al que ha hecho alusión la jurisprudencial, aunado a que el ISS tampoco le informó de las consecuencias de la decisión del traslado, lo que conllevaría a la merma de su mesada pensional. Sobre la formación profesional del actor y su experticia sobre cálculos, refirió que fue a razón de ella que se dio cuenta posteriormente del engaño y las consecuencias que esa decisión le conllevó, sin que la carga de la prueba se pueda trasladar al actor, pues la misma corresponde al fondo de pensiones quien debe informar de las consecuencias futuras del traslado, lo cual era pertinente resolver a través del presente proceso, máxime cuando está cerca del reconocimiento pensional, y la información del fondo fue amañada, por lo que solicita se revoque la sentencia de primer grado.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fue aportado el formulario de afiliación que efectuara el demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PORVENIR S.A. el 22 de julio de 2004, vinculación que se hizo efectiva el 1º de septiembre de esa misma anualidad, según certificación expedida por dicho fondo. (folio 20 archivo 01 y folio 42 archivo 08). Formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntaria, ello, no acredita que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *"Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado".*

De otra parte, el demandante señor LUIS MIGUEL LEÓN RONDON en el interrogatorio de parte a él practicado, sostuvo que tiene formación profesional como estadístico y master en inteligencia de negocios. Seguidamente, dijo que estando al servicio de NAPOLEON FRANCO Y COMPAÑÍA, en donde laboraba como director del área de estadística, en el año 2004 fue convocado por el área de Recursos Humanos a una reunión en la que un asesor comercial de nombre Juan Parra, les hablo del fondo de pensiones PORVENIR.

Añadió que el asesor les habló del traslado, arguyendo tres elementos como era la búsqueda de mercados de parte de esos fondos, la quiebra del ISS lo cual dejaba en un limbo a quienes estaban afiliados a esa entidad, aunado a ello el presidente o vicepresidente de la empresa para la cual laboraba les indicó que la Superintendencia Bancaria había identificado la posible quiebra de las Cajas y Fondos de pensiones públicas, lo que le generaba temor sobre sus ahorros en el fondo público, pues podría perderse.

Destacó que el asesor en la reunión grupal en efecto les dijo que los aportes podrían estar en riesgo de perderse por lo que era mejor trasladarse al fondo privado, y que ese traslado les conllevaría unos beneficios como la rentabilidad que sus aportes generarían en esa administradora, la cual la planteaba en tres o cuatro puntos por arriba del IPC, además les hablo de la posibilidad de pensionarse anticipadamente con unos beneficios económicos que para la época resultaban atractivos.
Sobre la rentabilidad de la mesada adujo que se les había dicho que cuando se fueran a pensionar recibirían no solamente la mesada sino un monto un poco más alto sobre el 4%. A la pregunta del Juez, de si al invertir el dinero del actor el fondo obtendría una rentabilidad de la cual dependía la mesada, el actor dijo que ello era así, y que al ser una rentabilidad más alta soportada en el sistema bancario obtendría una mesada mayor, sumas que recibiría hasta que se agotaran sus ahorros.

Además, le dijeron que recibiría el bono pensional. Sobre el ISS dijo que lo que conocía era más por conocimiento propio, explicando que allí la pensión era vitalicia y que en el evento de tener cónyuge su pensión podría ser trasladada a esta y a sus hijos menores de 25 años que estuvieran estudiando, que ello lo conocía por cuanto cuando se vinculó al ISS en su lugar de trabajo se llevó a cabo un análisis cuando estaba ad portas de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, pero no porque el asesor le expusiera esa situación, pues este se centró más en la rentabilidad y en el riesgo de quiebra del ISS.

Expuso que su pensión en el fondo público estaba soportada en la cantidad de semanas, que sabía que la pensión se calculaba sobre un lapso de diez años, sumas que eran indexadas con una tasa del 70% y además dependía de las semanas cotizadas, reiterando que ese no fue un aspecto que le explicara el asesor.

Sobre la pregunta de por qué no se trasladó a COLPENSIONES entidad en la que se transformó el ISS, indicó que no hizo seguimiento al tema pues la pensión solo la vio latente cuando se estaba acercando a la edad de pensión y además porque tuvo un problema médico, siendo esa ocasión cuando se replanteo esa situación y además el tema de la rentabilidad era llamativo. Dijo que después de pandemia solicito una asesoría al fondo privado, la cual si fue

personalizada y duró más de hora y media, en la que le indicaron que la mesada que obtendría sería de $1.343.000 ante lo cual se sorprendió pues aporta al sistema de seguridad una suma mensual superior a ese monto, la que llevó a valor presente lo que arrojo un poco más de $2.100.000 y que por primera vez le emitió las proyecciones de los valores de mesada que recibiría.

De lo expuesto, palmario es para la Sala que, si bien el actor conoce algunos aspectos sobre ambos regímenes pensionales, lo cierto es, que de tales aseveraciones no se evidencia una confesión que al momento del traslado la AFP hubiese cumplido a cabalidad con el suministro de la información, incluyendo aspectos relevantes como sus características, ventajas y desventajas, el total de requisitos para obtener las prestaciones económicas en ambos regímenes, entre otros.

Dicho lo anterior, y a *contrario sensu* de lo señalado por el Juez de instancia, no considera esta Colegiatura que en efecto se advierta confesión alguna de parte del actor sobre el pleno suministro de una debida información, luego, al ser el formulario de afiliación la única prueba relevante que advierta una información de PORVENIR S.A. al momento del traslado del demandante, según lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es evidente la carencia probatoria de esa encartada para soportar la inversión de la carga de la prueba que le asiste, lo cual por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

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

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

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

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado al actor para el año 2004, una *"Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*".

Así las cosas, la Sala concluye que no le asistió razón al fallador de instancia al haber denegado las pretensiones referentes a la declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen pensional, dado que la AFP PORVENIR S.A. no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen, lo que compele a la revocatoria de la sentencia de primer grado.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

"En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos,

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

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

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

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

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

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

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

Así las cosas, se revocará en su integridad la sentencia de primera instancia y, en consecuencia, se declarará la ineficacia del traslado de régimen del actor y se ordenará a la demandada PORVENIR S.A. que transfiera todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto a las sumas correspondientes a rendimientos y comisiones por administración indexados a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES. La citada AFP también deberá devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, conceptos que deberán ser discriminados.

SIN COSTAS en esta instancia, las de primera instancia a cargo de la parte demandada.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 17 de febrero de 2023 por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, por los motivos expuestos en la parte considerativa de esa providencia.

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia el traslado de régimen que realizó el demandante el 1º de septiembre de 2004 al fondo de pensiones PORVENIR S.A., por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

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

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

CUARTO: Declarar no probadas las excepciones de mérito.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia, las de primera a cargo de las demandadas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral:	1100131050 **24 2020 00408 01**
Demandante:	SONIA IVONNE VARGAS RODRIGUEZ
Demandados:	COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

AUTO:

Se reconoce personería jurídica para actuar en representación de PORVENIR S.A. a la abogada MIGUEL ÁNGEL CADENA MIRANDA, identificado con cédula de ciudadanía 1.020.792.591 y T.P. 380.420 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., en contra de la sentencia proferida el 13 de marzo de 2023 por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora SONIA IVONNE VARGAS RODRIGUEZ promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., con la finalidad que se declare la nulidad o ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PORVENIR S.A. el 30 de enero de 2004, y se declare que siempre ha estado afiliada al régimen de prima media.

Consecuencialmente, pretende se condene a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES los aportes que realizó en ese régimen, más los rendimientos e intereses, y se condene al pago de costas y agencias, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra* y *extra petita.*

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 27 de febrero de 1962 y efectuó cotizaciones al régimen de prima media con prestación definida desde 2 de enero de 1986 hasta el 1º de marzo de 2004, alcanzando 379.57 semanas, sin que sea beneficiaria del régimen de transición. Asimismo, destacó que se afilió al fondo DAVIVIR desde el 30 de junio de 1995 hasta el 31 de diciembre de 1997, la cual fue anulada por multivinculación al sistema general de pensiones.

Seguidamente, narró que 30 de enero de 2004 se trasladó de régimen a través de PORVENIR S.A., sin que el asesor le explicara los pro y contras de tal decisión, la cual no fue informada autónoma y consiente, dado que no se le brindó información completa, integral y veraz sobre las consecuencias del traslado de régimen y la forma en que impactaría su mesada pensional, como quiera que la que obtendría en el RAIS sería inferior a la del RPMPD, según proyección que le realizó el fondo y además no le informó de la posibilidad de retornar a éste último régimen antes de estar a diez años de la edad de pensión. Además, señaló que solicitó a las encartadas la nulidad de la afiliación y el consecuente traslado de régimen, pedimento que fue denegado por las accionadas. (archivo 01).

En consonancia con lo anterior, en el auto admisorio de veintitrés (23) de julio de 2021, se dispuso, integrar al contradictorio como litisconsorte necesaria a PROTECCIÓN S.A.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PROTECCIÓN S.A. adujo que si bien las pretensiones de la demanda no están dirigidas en su contra, expuso que con ocasión al comité de multivinculación celebrado el 29 de enero de 2004, se determinó que la vinculación valida de la demandante era con la AFP PORVENIR S.A., por lo que se procedió a dejar sin efectos la vinculación que la demandante suscribió con esta administradora el 30 de junio de 1995, anulando las vigencias de su vinculación, y efectuando el traslado de los recursos a la AFP designada.

Propuso como excepciones de mérito las de falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, traslado de aportes y la innominada o genérica. (archivo 07).

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contra, arguyendo que la actora suscribió formulario de afiliación al RAIS de manera libre y voluntaria, lo que valida su afiliación a ese régimen, pues decidió que su mesada pensional estuviera regida por las características propias del régimen de ahorro individual con solidaridad, como consecuencia de la información que brindaron los asesores de la AFP que efectuó el traslado, sin que obre prueba tendiente a demostrar algún vicio en el consentimiento al momento de su afiliación que propicie su invalidación.

Propuso como excepciones de mérito la de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de COLPENSIONES, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, aplicación de la sentencia SL373 de 2021 y la innominada o genérica. (archivo 08).

Por su parte, PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones formuladas en su contra, aduciendo que el traslado de régimen de la demandante es válido ya que le informó las características, ventajas y desventajas que componen el RAIS, para

que tomara una decisión libre y voluntaria acerca del traslado efectuado, de acuerdo con lo establecido en el numeral 1º del artículo 97 del Decreto No. 663 de 1993, por la cual es improcedente la declaratoria de ineficacia que se reclama, ya que la obligación de explicar a los afiliados las consecuencias del traslado de régimen surgió con el Decreto 2071 de 2015, luego, no es posible que la demandante pretenda imponer cargas adicionales a esa demandada que para la fecha del traslado entre regímenes no estaba a cargo de las AFP, máxime cuando no obra prueba de las razones de hecho que sustentan la ineficacia de la afiliación.

Como excepciones propuso las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (archivo 16).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 13 de marzo de 2023, resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación efectuada por la señora SONIA IVONNE VARGAS RODRIGUEZ al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. efectuado en enero de 2004, efectiva a partir del 1º de marzo de esa misma anualidad, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.*
>
> *SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos legales la señora SONIA IVONNE VARGAS RODRIGUEZ nunca se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad.*
>
> *Aclaro el numeral tercero de la sentencia, así: TERCERO: ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., traslade a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido, con motivo de la afiliación de la señora SONIA IVONNE VARGAS RODRIGUEZ, lo que significa que debe trasladar la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes al fondo garantía de pensión mínima y gastos de administración debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades, en lo demás se mantiene incólume la decisión.*
>
> *CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a recibir a la señora SONIA IVONNE VARGAS RODRIGUEZ, como su afiliada, actualizar y corregir su historia laboral una vez reciba los dineros que debe recibir la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.*

QUINTO: DECLARAR probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por PROTECCIÓN S.A. y no probadas las demás que fueron propuestas.

SEXTO: ABSOLVER a PROTECCIÓN S.A. de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

SÉPTIMO: SIN condena en costas en la instancia."

Para arribar a dicha conclusión, la *a-quo* indicó que si bien obran en el plenario formularios de afiliación a la administradora de pensiones DAVIVIR el 30 de junio de 1995 y el 20 de abril de 1997 a PORVENIR S.A. (folio 10 archivo 07 y folios 77 archivo 16), lo cierto era que de acuerdo a las comunicaciones que obran a folios 79 y siguientes del archivo 16, se observa que la demandante se encontraba incursa en un proceso de multivinculación o multiafiliación.

De esa forma, una vez efectuados los procedimientos del caso entre las administradoras, se logró determinar que la vinculación válida al 29 de enero de 2004 era la efectuada el 14 de diciembre de 1994 al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, concluyendo que con anterioridad al 30 de enero de 2004, fecha para la cual la demandante efectuó traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, siempre estuvo afiliada al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, luego de que la demandada PORVENIR mediante comunicación le indicara que si era su deseo permanecer en ese fondo debía suscribir formulario de afiliación, lo cual llevó a cabo la activa como obra a folios 78 y 95 y siguientes del archivo 16, teniéndose como calenda en la cual se trasladó al régimen de ahorro individual en 2004, sobre la cual analizará el cumplimiento del deber de información por parte del fondo privado.

A continuación, expuso que con la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, se establecieron dos regímenes pensionales, siendo libre y voluntaria la afiliación a los mismos y el traslado entre estos, solo podía llevarse a cabo en inicio cada tres años y posteriormente se modificó a cada cinco (5) años, sin que fuera posible trasladarse antes de estar a diez años de la edad de pensión.

De otro lado, mencionó que el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, hace alusión a la información que deben suministrar los fondos a los usuarios para la fecha del traslado; igualmente, refirió que como lo ha adoctrinada la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en lo que atañe a la carga de la prueba es PORVENIR S.A. a quien le corresponde demostrar una debida asesoría o

información a sus potenciales afiliados en lo que respecta a las consecuencias favorables o desfavorables entre uno y otro régimen pensional en atención de la carga de la prueba reglada en el artículo 167 del C.G.P., entendida esta como una información clara, completa y comprensible sobre la trascendencia de su decisión, situación que no logró probar en el evento de la demandante, máxime si se tiene en cuenta que con el formulario de afiliación no puede entenderse suplida esa carga probatoria.

Por ende, declaró la ineficacia del traslado y dispuso la devolución de saldos, incluyendo de manera indexada lo atinente a gastos de administración. Además, absolvió a PROTECCIÓN S.A. de las pretensiones elevadas en la demandada, conforme con lo decidido frente a la multivinculación y declaró no probada la excepción de prescripción. Finalmente, absolvió de costas a las accionadas.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión PORVENIR S.A. la apeló. Al respecto manifestó que, el Alto Tribunal de cierre de esta especialidad, ha establecido las diferentes etapas del deber de información, el cual esa demandada cumplió al momento del traslado del actora, por ende, las proyecciones del asesor para la época no eran descabelladas dado el salario que devengaba para esa calenda y que no tenía un caudal importante en el ISS, por lo que en algún momento podía acceder a la prestación pensional en ese régimen, por lo que no procede la declaratoria del traslado y sus consecuencias.

En cuanto a la devolución de los emolumentos dispuestos en la sentencia objeto de censura y la indexación de los mismos, adujo que los gastos de administración y seguros previsionales, fueron invertidas conforme lo dispone la ley y además no se encuentran en su poder, lo que además se colige con los rendimientos que tuvieron los aportes de la actora en ese fondo, luego, lo que debe darse en el caso en concreto es una restitución y no la indexación ordenada, pues actuó conforme a la ley, por tanto, solicita se revoque la sentencia de instancia y se absuelva de las condenas impuestas en su contra.

COLPENSIONES expuso en su recurso de alzada que la inversión de la carga de la prueba no puede recaer únicamente en cabeza del fondo, en tanto, la actora podía

comprender lo que estaba firmando, agregando que siempre ha actuado de buena fe y con apego a la ley, dado que la actora está inmersa en una imposibilidad legal de retornar al régimen que administra, ya que está a menos de diez años de la edad de pensión, por lo que no puede beneficiarse con los recursos de otros de afiliados de ese régimen, por lo que solicita se revoque en su integridad la sentencia de primer grado.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

Previo a avanzar con el análisis del problema jurídico planteado, debe recordarse que la Juez de instancia al resolver lo atinente a una posible multivinculación de la actora, concluyó que el traslado de régimen debía analizarse a partir de la vinculación que efectuó el 30 de enero de 2004 a PORVENIR S.A., dado que con anterioridad se encontraba válidamente afiliada al ISS, conforme lo habían determinado las administradoras de pensiones convocadas a juicio al resolver lo referente a la multiafiliación o multivinculación, sin que tales aspectos fueran objeto de controversia por parte de las interesadas, en consecuencia, será bajo tales derroteros que procederá la Sala al análisis de la ineficacia del traslado deprecada.

Precisado lo anterior, conviene memorar que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que efectuó la actora el 30 de enero de 2004 con PORVENIR S.A., la cual fue efectiva a partir del 1º de marzo de esa misma anualidad, como se aprecia de la certificación del SIAFP (folios 78 y 136 - archivo 16), formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *"Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no*

son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado".

Por otra parte, la señora SONIA IVONNE VARGAS RODRIGUEZ en el interrogatorio de parte que rindió, indicó sobre la afiliación al fondo DAVIVIR S.A. de junio de 1995, que fue producto de una reunión que se llevó a cabo en la empresa donde laboraba, en la que les dijeron que al pasarse al fondo privado obtendrían una mejor pensión y que podían acceder a la misma con anticipación, agregando que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES se iba a acabar, de esa forma, suscribió el formulario de afiliación. Sobre la vinculación a PORVENIR dijo que en 2004 un asesor la contacto y le indicó que la afiliación que había efectuado en 1997 presentaba un problema por lo que debía suscribir un nuevo formulario, pero no le dio más información, más adelante, en 2015 le dijeron que podía hacer aportes voluntarios para mejorar su pensión, y además dio autorización al asesor que la atendió en esa oportunidad para verificar lo atinente a una multiafiliación. Por último, expuso que no fue obligada a retirarse del ISS y que su inconformidad en el presente asunto radica en el valor de la mesada.

Por su parte, el Representante Legal de PORVENIR S.A. en el interrogatorio de parte que depuso, adujo que en 2004 los asesores le informaron a la actora las características y diferencias de los regímenes pensionales y la composición de ese fondo, añadiendo que para 2004 no estaba obligada a efectuar proyecciones y demás manifestó que no se comunicó con la afiliada antes de estar a diez años de la edad de pensión.

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

Ahora bien, tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en

cuenta *"la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:*

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

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado a la actora para el año 2004, una *"Ilustración de las características, condiciones,*

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

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

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

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

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

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

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

Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión, contrario a lo sostenido por el fondo privado en su disenso.

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

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

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

> *"Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente,*

en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que PORVENIR S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a COLPENSIONES, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.

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

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

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

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

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

así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

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

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

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

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

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

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

De ese modo, luce acertada la decisión de la juez de primer grado de ordenar la indexación de los conceptos a los cuales se hizo alusión en la sentencia de primera instancia. Sin embargo, se adicionará la sentencia de primer grado, en el sentido de indicar que además de los valores allí ordenados, el fondo privado deberá devolver a COLPENSIONES, lo correspondiente a las primas de los seguros previsionales, por el tiempo que estuvo afiliada a esa administradora, debidamente indexadas. Confirmándose en lo demás la sentencia confutada.

COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA TERCERA 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 13 de marzo de 2023 por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de condenar a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES, además de los valores ya ordenados, lo correspondiente a las primas de los seguros previsionales por el tiempo que estuvo afiliada la demandante a esa administradora, debidamente indexadas.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes COLPENSIONES y PORVENIR S.A. Se fijan como agencias en derecho la suma de $500.000 a cargo de cada una y a favor de la parte actora, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **26 2019 00628 01**
Demandante:	CARLOS ALBERTO GARCIA OVIEDO
Demandados:	COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

AUTO:

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

Asimismo, se reconoce personería jurídica para actuar en representación de PORVENIR S.A. a la abogada PAULA HUERTAS BORDA, identificada con cédula de ciudadanía 1.020.833.703 y T.P. 369.744 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada PORVENIR S.A., en contra de la sentencia proferida el 17 de marzo del 2023 por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor CARLOS ALBERTO GARCÍA OVIEDO promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., a fin de declararse la nulidad del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad debido a un vicio en el consentimiento.

Como consecuencia de lo anterior, pretende se condene a PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES todos los aportes de su cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos generados, e igualmente, se ordene a COLPENSIONES acepte el traslado al régimen que administra; y se condene al pago de perjuicios, costas, agencias en derecho y demás emolumentos.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 20 de octubre de 1957 y se afilio en 1981 al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, hoy COLPENSIONES. Seguidamente, adujo que en 1992 ingresó a trabajar para la Superintendencia de sociedades, donde fue afiliado a la Corporación Social Superintendencia de Sociedades, entidad que manejó de manera independiente sus aportes y cotizaciones a pensión.

Sin embargo, en una reunión con su empleador, se les informó a todos los trabajadores que la entidad sería suprimida y liquidada, por lo que debían trasladarse a uno de los fondos pensionales que estaban presentes en la junta.

A su vez, sostuvo que PORVENIR S.A. lo indujo al error, al indicar que el ISS iba a ser liquidado y que podría perder sus aportes, además se le dijo que su mesada pensional sería mayor en ese régimen de acuerdo con una proyección pensional; de igual manera, alega que le informaron la posibilidad de pensionarse en menor tiempo y que podía recibir sus aportes desde el momento en que lo solicitara, razones por las cuales se trasladó de COLPENSIONES a PORVENIR S.A., sin tener conocimiento sobre los beneficios y desventajas del RAIS. Para concluir, explica que se encuentra próximo a

pensionarse, por lo que, de hacerlo en el fondo privado, esa situación le ocasionaría perjuicios en su derecho pensional. (folios 4 a 16 archivo 01).

Por otro lado, mediante proveído adiado el 27 de junio del 2019, el Juez Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá, se declaró impedido para conocer el presente asunto, remitiendo las diligencias al Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, el cual, por auto de 15 de noviembre del 2019, aceptó el impedimento formulado y avocó conocimiento de las diligencias, admitiendo la demanda por auto de 1º de octubre del 2020. (Folios 30, 34, 35, 60 y 61 archivo 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a la totalidad de las pretensiones del libelo introductorio, aduciendo que no se configuró un vicio en el consentimiento y, por lo tanto, no se puede negar los efectos jurídicos del contrato firmado entre las partes, arguyendo que el mismo, cumple con los requisitos legales de existencia y validez, además de que nunca fue tachado de falso. Por otro lado, afirma que la solicitud de declarar la nulidad al RAIS, se encuentra prescrita bajo la óptica de los artículos 1750 del C.C. y 151 del C.P.T y S.S.

Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos. (Folio 63 a 74 archivo 01)

PORVENIR S.A. al contestar se opuso a las pretensiones de la demanda, argumentando que el traslado de régimen pensional se dio con PROTECCIÓN S.A. el 29 de agosto de 1997, y el cual considera fue completamente válido. Adiciona que solo fue hasta la expedición de los Decretos 2555 de 2010 y 2071 de 2015 y de la Ley 1748 del 2015, que se dispuso la obligación a los fondos privados de brindar asesoría e información al afiliado, afirmado que el demandante pretende imponer una carga adicional que no existía para la fecha de su afiliación, por lo anterior, concluye que el demandante suscribió de manera libre, espontanea e informada el traslado horizontal.

Formuló como excepciones las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (Folio 81 a 104 Archivo 01)

En audiencia que trata el artículo 77 del C.S.T y S.S., celebrada el 27 de abril de 2022, se dispuso en la etapa de saneamiento, vincular al proceso a PROTECCIÓN S.A. como litisconsorte necesario, toda vez que fue el primer fondo privado al cual estuvo vinculado el demandante.

Una vez vinculado al proceso, PROTECCIÓN S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones del *petitum*, en especial, las referentes a la declaratoria de ineficacia, argumentando que se está frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, observándose del formulario de vinculación que suscribió el promotor, que dicho acto se realizó en forma libre y espontánea, acto que tiene la naturaleza de un verdadero contrato, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones tanto en cabeza del Fondo como del afiliado, manifestación de voluntad que estuvo libre de presión y engaños, desvirtuándose cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento, lo que constituye una manifestación inequívoca de trasladarse a ese fondo.

Formuló como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, traslado de aportes a PORVENIR S.A., inexistencia de la obligación de devolver las cuotas de administración por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, falta de juramento estimatorio de perjuicios como requisito procesal, prescripción, y la innominada o genérica (Folios 4 a 24 archivo 08).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 17 de marzo de 2022, resolvió:

"PRIMERO. DECLARAR ineficaz el traslado realizado por el demandante CARLOS ALBERTO GARCÍA OVIEDO al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. CONDENAR al fondo de pensiones PORVENIR a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES la totalidad de los aportes realizados por el demandante, junto con sus rendimientos financieros causados, el porcentaje destinado a gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y de sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima. Lo anterior, debidamente indexado y con cargo a sus propios recursos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO. CONDENAR al fondo de pensiones PROTECCIÓN a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES los dineros descontados de la cuenta de ahorro individual del demandante que correspondían a gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y de sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima. Lo anterior, debidamente indexado y con cargo a sus propios recursos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO. CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES para que acepte dicha transferencia y contabilice, para todos los efectos legales, las semanas cotizadas por el demandante, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO. DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas.

SEXTO. CONDENAR en costas de esta instancia a los fondos de pensiones PORVENIR y PROTECCIÓN, a razón de un cincuenta por ciento (50%) a cargo de cada una, fijándose como agencias en Derecho la suma de UN MILLÓN QUINIENTOS MIL PESOS ($1'500.000)"

Para arribar a dicha conclusión, la juzgadora de instancia consideró que en el presente caso debe analizarse si el acto jurídico de traslado resulta ineficaz según lo establecido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia; asimismo, expuso que esa misma Corporación ha estimado que para que se tenga como una afiliación libre y voluntaria, esta debe estar precedida de una información de los riesgos del traslado, así como los beneficios en cada régimen, con la finalidad de generar una decisión informada, lo cual no se entiende cumplida con una simple expresión genérica.

Del mismo modo, señaló que el deber de información surgió con el nacimiento de los fondos, el que debe ser analizado dependiendo del momento histórico en el que se realizó la vinculación, añadiendo que el formulario de afiliación no es prueba suficiente de la decisión informada, derivada de la información

entregada por el fondo, carga que corresponde a las AFP. Aunado a ello, consideró que, a pesar del demandante no hacer referencia de la afiliación efectuada a PROTECCIÓN S.A., era importante analizar las circunstancias que dieron origen al traslado de régimen pensional a esta entidad en 1997.

Descendiendo al caso en concreto expuso que, de los formularios de afiliación aportados al proceso, no se demuestra la asesoría brindada al demandante, añadiendo que el hecho que el actor sea profesional del derecho, no da a entender que tenía un conocimiento claro y preciso sobre la Ley 100 de 1993, así como del régimen pensional al cual se iba a trasladar, por consiguiente, la calidad del demandante no conlleva a la exoneración del deber legal que le asiste a los fondos privados.

Por otro lado, afirma que del interrogatorio de parte no se coligué confesión alguna que demuestre la asesoría brindada por PROTECCIÓN S.A. para realizar el traslado de régimen pensional, añadiendo no se tendrá en cuenta el testimonio rendido por la cónyuge del promotor, toda vez que hace referencia a la afiliación con PORVENIR S.A. Indicó además que el traslado entre AFP no se entiende como un acto de relacionamiento ni la voluntad del afiliado en permanecer en el RAIS.

Así las cosas, al no encontrar acreditado el cumplimiento del deber de información al momento del traslado, declaró la ineficacia del traslado efectuado por el demandante, con todos sus efectos consecuenciales, ordenando a PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. trasladar a COLPENSIONES los aportes de la actora, junto con sus rendimientos, gastos de administración, primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexado, y declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas y agencias en derecho a los fondos privados.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión, la demandada PORVENIR S.A. la apeló. Al respecto, manifestó que el precedente jurisprudencial no se puede aplicar de manera homogénea e indiscriminada, ya que el mismo solo procede cuando existen

similitudes en las condiciones fácticas de cada caso; adicionalmente, alega que el demandante podía consultar la información referente al RAIS en la Ley 100 de 1993, máxime cuando el accionante ostentaba la calidad profesional de abogado, por lo que alegar una falta de información va en contravía de los principios de lógica y razonabilidad.

Seguidamente, refiere la imposibilidad de devolver los rendimientos financieros, en razón a que el efecto de declaratoria de ineficacia solo implica devolver los rendimientos generados en COLPENSIONES, mas no los generados en el RAIS; de igual manera, arguye que no es dable retornar valores destinados a los gastos de administración o primas de seguros previsional, ya que no se encuentran en su poder, sino que estos ya fueron invertidos conforme a lo establecido en el artículo 20 y siguientes de la Ley 100 de 1993. Frente a la indexación, considera que se generó una doble condena, ya que los rendimientos que se pretende retornar, ya se encuentran monetariamente actualizados, en atención a lo cual no es viable volverlos a indexar.

Finalmente, se opone al pago de costas y agencias de derecho, en razón a que considera que el traslado surtió plenos efectos jurídicos; además ese fondo actuó de buena fe y con la debida diligencia frente al contrato de afiliación.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fue aportado el formulario de afiliación que efectuó el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través PROTECCIÓN S.A. el 29 de agosto de 1997 y el formulario mediante el cual se trasladó a PORVENIR S.A. el 13 de julio de 1999, vinculaciones que se hicieron efectivas el 1º de octubre de 1997 y el 1º de septiembre de 1999, respectivamente, según el reporte SIAFP. (Folio

33 archivo 8 y Folios 138 y 151 archivo 01). Formularios que, si bien refieren que la decisión se adoptó de manera libre y voluntaria, no acreditan que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *"Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado".*

Por otra parte, el Representante Legal de PORVENIR S.A. manifestó en el interrogatorio que se le practicó, que el demandante efectuó con ese fondo un traslado horizontal, mas no un traslado de régimen pensional cuya asesoría se dio verbalmente y donde el promotor firmó el formulario de afiliación en 1999, agregando que no se le brindo una reasesoría.

Entre tanto, el demandante señor CARLOS ALBERTO GARCIA OVIEDO en el interrogatorio de parte que depuso, señaló que, para la fecha del traslado de régimen pensional, él se encontraba trabajando en la Superintendencia de Sociedades, estando afiliado al fondo de pensiones y cesantías Corporanominas; el cual se le dijo que iba a ser liquidado, por lo que todos los trabajadores debían trasladarse a cualquiera de los fondos privados que habían asistido ese día a la entidad.

Añadió que decidió trasladarse a PROTECCIÓN S.A., debido a que las asesoras de los diferentes fondos les hacían firmar el formulario de vinculación, sin recibir ninguna asesoría por parte de ellos, y además le dijeron que el ISS iba a ser liquidado por lo que no podían retornar a dicho régimen, indicando que su mesada pensional sería mayor en ese régimen y que podían pensionarse de manera anticipada.

Así mismo, se recibió el testimonio de la señora GLORIA LUCÍA JIMÉNEZ, cónyuge del accionante, quien afirmó haber asistido a una feria de fondos pensionales en el parqueadero de la Superintendencia de Sociedades, en la que

evidenció que el actor firmó un formulario. No obstante, desconoce a cuál fondo pensional se trasladó.

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

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

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

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

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado al actor para el año 1997, una *"Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*".

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

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

> *"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*
>
> *"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es,*

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

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

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

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

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

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

"Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por COLPENSIONES, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes

tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los

cuales asumen las cargas del accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se han efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

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

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

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

> *"Por último, en cuanto a las costas, basta remitirse al artículo 392 del CPC, hoy 365 del CGP, norma a la que se acude por remisión expresa del artículo 145 del CPTSS, para rectificar que tal condena procede frente a la parte vencida en el litigio o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación. súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.*
>
> *"En tal virtud, como en primera instancia la vencida en juicio fue la accionada, en cuanto prosperó la pretensión subsidiaria de pagar la*

devolución de saldos y a ella se opuso dicha entidad al contestar el libelo inicial, la decisión del Juzgado de condenarla en costas se ajusta a derecho; máxime que se trata de un imperativo legal o causa objetiva, lo que implica que se impone tal condena a la parte vencida, sin que sea necesario entrar a analizar el actuar el perjudicado o la razón".

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

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

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

Así las cosas, no se denota yerro alguno en la decisión adoptada por la Juez de instancia; sin embargo, debe precisar la Sala que el traslado de régimen pensional que se hace ineficaz, alude al que realizó el actor en inicio a PROTECCIÓN S.A. el 29 de agosto de 1997, de ahí, que tal declaración conlleve a que el traslado horizontal que llevó a cabo a través de PORVENIR S.A., tampoco se haya hecho efectivo; en consecuencia, se adicionara al numeral primero de la sentencia en tal sentido, precisando tal aspecto.

Corolario de lo anterior, habrá de confirmarse en lo demás la sentencia objeto de censura. **COSTAS** en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA TERCERA 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 al numeral primero de la sentencia proferida el 17 de marzo del 2023 por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad.

En el sentido de precisar que, que el traslado de régimen que se declara ineficaz, alude al realizado por el demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de PROTECCIÓN S.A. el 29 de agosto de 1997, el cual se efectivizó el 1º de octubre de 1997, lo que, a su vez, conlleva a declarar ineficaz el traslado horizontal que realizó a PORVENIR S.A., por las razones indicadas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. Se fija como agencias en derecho la suma de $500.000, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **27 2021 00377 01**
Demandante:	ROSENDO ALFONSO GUZMAN ALVAREZ
Demandados:	COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

AUTO:

Se reconoce personería jurídica para actuar en representación de COLPENSIONES al abogado DIEGO FERNANDO LONDOÑO CABRERA, identificado con cédula de ciudadanía 1.032.370.658 y T.P. 198.680 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 6 de marzo de 2023 por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor ROSENDO ALFONSO GUZMAN ALVAREZ promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., a fin que se

declare la ineficacia del traslado que realizó del régimen prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. por omisión del fondo de su deber de información, que siempre ha permanecido en el régimen de prima media sin solución de continuidad y sin que el traslado de régimen haya surtido efectos jurídicos.

En consecuencia, se condene a PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES de todas las sumas de dinero que obren en la cuenta individual de ahorro de la actora, tales como bonos pensionales, cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos financieros y gastos de administración. Además, se ordene a COLPENSIONES reactive su afiliación en el régimen que administra, reciba los rubros antes indicados, actualice y corrija su historia laboral y la, ponga a su disposición. Igualmente, solicita se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagarle la pensión de vejez, junto con las mesadas adicionales, la indexación de las mismas, más las costas y agencias derecho y lo *ultra y extra petita.*

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que nació el 11 de febrero de 1959, y a la fecha de presentación de la demanda acredita la edad de 62 años, que estuvo afiliado al ISS hoy COLPENSIONES y cotizó a través de diferentes empleadores desde el inicio de su vida laboral hasta el 9 de septiembre de 1998. Agregando que, ante una campaña de desinformación de los fondos privados en general, suscribió formulario mediante el cual se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual a través de COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. en la citada calenda.

Enfatizó que tal afiliación se realizó sin que el fondo le hubiese suministrado información concreta y veraz de las reales consecuencias que conllevaría su decisión de traslado de régimen, en tanto, el asesor no le explicó la naturaleza del RAIS, sus características, diferencias con el régimen de prima media con prestación definida, omitiendo dar información sobre las ventajas y desventajas del cambio de régimen pensional, las condiciones para obtener la

pensión en uno y otro, de tal manera que pudiera vislumbrar su futuro pensional, lo que no se prueba con el formulario de vinculación.

Destacó que tampoco fue informado sobre la posibilidad de retornar al régimen de prima media, diez años antes de alcanzar la edad de pensión, ni le realizó una proyección pensional para asegurar un monto pensional en condiciones dignas al momento de su retiro. (archivo 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo que dentro del expediente no obra prueba que dé cuenta que se le hizo incurrir en error por falta al deber de información al actor por parte de la administradora de pensiones, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento, asimismo, indicó que no se evidencia manifestación de inconformidad alguna por parte del promotor sobre el particular, por el contrario lo que se advierte de las documentales que obran en el plenario es que el traslado se realizó de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas, igualmente sostuvo que no se cumple los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, por lo que no procede el traslado ya que se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado.

Formuló como medios exceptivos los de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradora de seguridad social del orden público, inexistencia del derecho al reconocimiento de la pensión por parte de COLPENSIONES, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria y la innominada o genérica. (archivo 08).

PROTECCIÓN S.A. contestó con oposición a las pretensiones de la demanda, argumentado que se está frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, observándose del formulario de vinculación que suscribió la promotora, que dicho acto se realizó

en forma libre y espontánea, acto que tiene la naturaleza de un verdadero contrato, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza del fondo como de la afiliada, manifestación de voluntad que estuvo libre de presión y engaños, desvirtuándose cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento, lo que constituye una manifestación inequívoca de trasladarse a ese fondo.

Propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, la innominada o genérica, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa. (archivo 09).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 6 de marzo de 2023, resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del señor ROSENDO ALFONSO GUZMAN ALVAREZ del régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> *SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor ROSENDO ALFONSO GUZMAN ALVAREZ, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, ni primas de seguros previsionales, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> *TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES afiliar nuevamente al señor ROSENDO*

ALFONSO GUZMAN ALVAREZ al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y recibir las cotizaciones provenientes de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A., conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez al señor ROSENDO ALFONSO GUZMAN ALVAREZ bajo los parámetros de la Ley 797 de 2003, a partir del momento en que acredite el retiro del Sistema General de Pensiones, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por las demandadas, conforme lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. al pago de las costas del proceso en la suma de $2'000.000 como agencias en derecho."

Para arribar a dicha conclusión, la operadora de instancia indicó que atendiendo la línea trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y el acervo probatorio recaudado en el trámite procesal, advierte que COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. no cumplió con la carga probatoria de demostrar la correcta y clara asesoría suministrada al momento del traslado del gestor sobre las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes, carga probatoria que pretende demostrar con el formulario de afiliación el cual no es prueba idónea para satisfacer ese deber.

Concluyendo así, que el fondo privado incumplió con el deber de información, por ende, declaró la ineficacia del traslado con la consecuencial devolución a COLPENSIONES de los valores que haya recibido PROTECCIÓN S.A. con motivo de esa afiliación, y a la primera entidad a tenerlo como afiliado.

En cuanto a la pretensión relacionada con el reconocimiento de la pensión de vejez al actor, hizo mención al artículo 9 de la Ley 797 de 2003, precisando que el demandante acreditó la edad de 62 años el 11 de febrero de 2021 y alcanzó 1356.72 a febrero de 2022, según la copia de la cedula de ciudadanía y el reporte de semanas expedido por PROTECCIÓN que obra en el informativo, concluyendo que acredita los requisitos para acceder a la pensión de vejez que reclama. Sin embargo, dijo abstenerse de liquidar la misma, dado que no se tiene certeza de su retiro del sistema general de pensiones, por lo que le

corresponde a COLPENSIONES liquidar la misma hasta que se acredite tal aspecto, declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas a PROTECCIÓN S.A.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión la parte demandada COLPENSIONES la apeló. Al respecto, sostuvo que no comparte la decisión de instancia, toda vez que en el trámite del proceso no se logró demostrar el engaño sufrido por el demandante y la falta de información al momento del traslado, pues al revisar el formulario de afiliación se encuentra que el traslado al fondo privado se hizo de forma libre y voluntaria, cumpliendo así con el lleno de requisitos legales, sin que en ninguna oportunidad manifestara su deseo de retractarse de su decisión, razón por la cual no puede ordenarse un regreso automática al régimen que administra.

Señaló que no obra prueba alguna que evidencie un vicio en el consentimiento, constreñimientos o presiones indebidas para llevar a cabo el traslado de régimen del accionante, la cual nunca manifestó su deseo de retractarse de la afiliación al RAIS, sin que sea procedente alegar después de tanto tiempo un supuesto engaño, solo por el hecho de observar sus expectativas perdidas, de esa forma, se concluye que la vinculación a la administradora del RAIS se ajustó a la ley, estando a cargo del gestor probar sus afirmaciones conforme lo normado en el artículo 1516 del Código Civil.

Finalmente, indicó que esa entidad ha estado sujeta a los lineamientos jurisprudenciales plasmados en sentencias C-189 de 2002, SU-062 de 2010, C-610 de 2004, SU-130 de 2011, SL 17595 de 2017, entre otras, que han tratado el tema de las ineficacias del traslado o nulidad del traslado, las que sustentan la imposibilidad del actor de regresar al régimen que administra, por tanto, solicita se revoque en su totalidad la sentencia de primera instancia, y le absuelva de todas y cada una de las pretensiones, incluido el reconocimiento pensional.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional que realizó el demandante, en caso positivo, si proceden las demás pretensiones que eleva en el *petitum*.

c. Del caso en concreto:

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

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

de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

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

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

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

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

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

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fue aportado el formulario de afiliación que efectuó la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. el 9 de septiembre de 1998, vinculación que se hizo efectiva el 1º de noviembre de 1998, según el reporte SIAFP. (folios 38 y 45 archivo 09). Formulario que, si bien refieren que la decisión se adoptó de manera libre y voluntaria, no acredita que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *"Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado".*

Por otra parte, el demandante ROSENDO ALFONSO GUZMAN ALVAREZ en el interrogatorio de parte a él practicado, expuso que unos asesores llegaron a su lugar de trabajo en el año 1997, indicando que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES estaba por ser liquidado, y que sus aportes iban a estar mejor respaldados en ese fondo privado, sostuvo que el formulario de afiliación lo diligenció el asesor, el cual firmó de manera voluntaria sin leerlo, y sin que se le diera más información sobre los regímenes pensionales.

De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna de parte del actor sobre el pleno suministro de una debida información, luego, al ser el formulario de afiliación la única prueba relevante que advierta una

información de COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. al momento del traslado del demandante, según lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es evidente la carencia probatoria de esa encartada para soportar la inversión de la carga de la prueba que le asiste, lo cual por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De ese modo, se adicionará el numeral segundo de la sentencia de primer grado en el sentido de ordenar la indexación de los gastos de administración, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales.

d. De la pensión de vejez:

Adicional a la declaratoria de ineficacia, solicita el demandante se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez, advirtiéndose al respecto, que no adquirió prerrogativas pensionales antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues al 1º de abril de 1994 contaba solo con 35 años y 471.29 semanas, es decir, menos de 15 años de servicios (folio 24 archivo 01 y folios 47 a 63 archivo 09 – semanas cotizadas en Protección).

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

> ***"ARTÍCULO 9o.*** *El artículo 33 de la Ley 100 de 1993 quedará así:*
>
> *Artículo 33. Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:*
>
> *1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.*
>
> *A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.*
>
> *2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.*
>
> *A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o.de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.*
>
> *(…)"*

De esta forma, palmario resulta entonces que la demandante nació el 11 de febrero de 1959 como da cuenta la copia de la cédula de ciudadanía (folio 24 archivo 01), por lo que cumplió 62 años de edad el 11 de febrero de 2021, ostentando así el primer requisito para la causación del derecho pensional.

En lo que atañe a las semanas requeridas por la ley, se advierte que el actor cuenta con un total de 1356.72 semanas cotizadas, tanto en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida como en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, según se acredita en la Historia Laboral Consolidada expedida el 25 de marzo de 2022 por PROTECCIÓN S.A. que militan en el plenario, fondo

de pensiones en el que se encuentra afiliado en la actualidad (folios 47 a 63 archivo 09); situación que conlleva a que se configure el tiempo requerido para acceder a la prestación pensional por vejez, en el caso del promotor; por cumplir 62 años de edad en el año 2021 y haber acreditado como mínimo 1300 semanas de cotización.

Ahora bien, pese a lo anterior se advierte que si bien la última cotización del actor data de febrero de 2022, no cuenta con fecha de retiro, según se avizora de los citados reportes de semanas cotizadas al fondo de pensiones privado, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, el cual fue aprobado por el Decreto 758 de esa anualidad y de las demás pruebas obrantes en el expediente, luego, no es posible inferir con total certeza que ya no esté realizando cotizaciones y se haya retirado del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, como lo concluyó la Juez de instancia.

En consonancia con lo anterior, la prestación queda supeditada a que se cumpla con este requisito, es decir, el retiro efectivo; por lo que no procede el reconocimiento de la pensión desde la fecha en que acreditaron los requisitos que dan lugar a su causación como se reclamó en la demanda. Igualmente, cabe precisar que el monto de la mesada pensional deberá determinarse con el IBL de los últimos 10 años o todo el tiempo cotizado, según le resulte más favorable a la afiliada, de acuerdo a lo previsto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, junto con los reajustes de ley y mesadas adicionales, más la indexación de las mesadas que se reconozcan desde el retiro hasta el momento de su pago, de ser viable su aplicación.

En otro giro, debe indicarse que a la fecha no ha operado el fenómeno prescriptivo frente a las mesadas que se pudiesen haber causado, en atención a que la prestación está supeditada al retiro del sistema.

COSTAS en esta instancia a cargo de la recurrente COLPENSIONES.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA TERCERA 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 segundo de la sentencia proferida el 6 de marzo de 2023 por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de condenar a PROTECCIÓN a indexar los gastos de administración, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales al momento del pago, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta sentencia.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral cuarto de la sentencia de instancia, que ordenó reconocer y pagar la pensión de vejez al demandante, en el sentido de precisar que deberá liquidarse conforme lo expuesto en la parte motiva de esta decisión, debiendo indexar las mesadas que se reconozcan desde el retiro hasta el momento de su pago, en caso de ser viable la aplicación de tal efecto.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primer grado, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de la recurrente COLPENSIONES. Se fijan como agencias en derecho la suma de $500.000 a favor de la actora, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado
Salva voto parcial

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **29 2020 00219 01**
Demandante:	MAGDA ILENA VALENCIA BALLÉN
Demandado:	ADMINISTRACIÓN DE REDES Y PROYECTOS S.A.S.
	HV TELEVISION S.A.S.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023)

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia proferida el 24 de enero de 2022 por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora MAGDA ILENA VALENCIA BALLÉN, promovió demanda ordinaria laboral en contra de las sociedades ADMINISTRACIÓN DE REDES Y PROYECTOS S.A.S. y HV TELEVISION S.A.S., con la finalidad que se declare la existencia de un contrato de trabajo con vigencia entre el 1º de noviembre de 2014 y el 8 de noviembre de 2019, el cual terminó por despido sin justa causa por parte del empleador.

En consecuencia, se condene a la demandada al pago de los valores correspondientes a las reversiones de comisiones, retenciones de comisiones

o denominación similar que se le aplicó, relacionadas con la comisión o bonificación por ventas establecidas en el cláusula segunda, parágrafo primero, numeral f), del contrato de trabajo y que constituyen salario variable, más la indemnización moratoria, los montos por concepto de reliquidación de la prima de servicios, cesantías, intereses de cesantías, reliquidación de indemnización por despido sin justa causa, más los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera, el reintegro de los valores que se consignaron a Compensar, la indexación y lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra* y *extra petita.*

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones indicó que el 1º de noviembre de 2014 se suscribió un contrato de trabajo a término indefinido, a través del cual se vinculó la actora como coordinadora comercial, labor que desempeñó en la ciudad de Soacha, vendiendo paquetes de suscripción de televisión e internet de la marca comercial HV MULTIPLAY, estableciéndose una remuneración básica y variable en la cláusula segunda del contrato individual de trabajo, a través de las tablas de asignación de montos, los cuales fueron actualizados por el empleador.

Que el director del Departamento Comercial de la empresa ADRED S.A.S., señor MARLON JOSÉ SUÁREZ ESCOBAR, era el encargado de realizar las reversiones de comisiones por ventas; que en cumplimiento de las funciones encomendadas, laboró de lunes a sábado, presentándose a las 8:00 a.m., con una hora de almuerzo comprendida entre 1:00 p.m. y 2:00 p.m. y se continuaba con la jornada laboral hasta las 5:00 p.m., no obstante, dado que su labor consistía en vender suscripciones del servicio de televisión por cable e internet en la calle, en la mayoría de los días se trabajaba hasta las 8:00 p.m.

Que la relación laboral se mantuvo hasta el 8 de noviembre de 2019, por terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa por parte de la empleadora, estableciéndose en la liquidación definitiva, un descuento de $11.292.669, de los cuales se consignó una proporción a favor de Compensar con ocasión de una autorización de descuento por libranza, ello a pesar de la advertencia que se hiciere en forma escrita sobre la ilegalidad de descontar las prestaciones sociales de la liquidación.

De igual manera, el señor DIEGO ANDRÉS MORENO REYES refiere desconocer el término *"reversión"*, mismo que fue acuñado por la misma empresa, y hace referencia a que toda bonificación que se haya dado por cumplimiento de las metas de servicios vendidos, será reversada siempre y cuando el que se haya afiliado esté cortado y al momento de la reversión tenga saldo pendiente de pago, así como que toda bonificación que se haya reversado se le reintegrará al asesor siempre y cuando haya pagado y se reconecte; por ello con la realización de reversiones se transgredió la prohibición establecida en el artículo 28 del C.S.T., por ende la acciona da está obligada a devolver la totalidad de los valores correspondiente a reversiones, retenciones o denominación similar que se le aplicó, relacionadas con la comisión o bonificación por ventas establecidas en la cláusula segunda, parágrafo primero, numeral f) del contrato de trabajo.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Las sociedades ADMINISTRACIÓN DE REDES Y PROYECTOS S.A.S. y HV TELEVISION S.A.S., contestaron la demandada señalando que se suscribió un contrato de trabajo a término indefinido entre la accionante y la sociedad ADMINISTRACIÓN DE REDES Y PROYECTOS S.A.S., para ocupar el cargo de asesora comercial, desde el 1º de noviembre de 2014, siendo asignado el cargo de Coordinadora Comercial en septiembre de 2015 y ratificado el 1º de marzo de 2016.

Que el descuento practicado a favor de COMPENSAR por valor de $11.292.669, debió pagarse en virtud de las libranzas suscritas y autorizadas, de otra parte, la accionada no ha acuñado el término "*reversión*" y el factor salarial variable dependerá necesariamente del número de ventas que realice el trabajador, y para el efecto se diseñó una tabla de rango de ventas, según el cual se asignarán una serie de puntos por cada decena de ventas o fracción, acordándose que con el fin de asegurar la calidad de las ventas, debe existir una permanencia mínima del suscriptor de 6 meses y una cartera no superior a 30 días calendario dentro de esa permanencia mínima, pues de no cumplirse tal requisito se descontará el valor pagado por esa venta dentro de su próximo pago, pacto que en manera alguna trasgrede el artículo 128 del C.S.T.

ADMINISTRACIÓN DE REDES Y PROYECTOS S.A.S. y HV TELEVISION S.A.S. propuso y sustentó las excepciones de mérito de buena fe contractual, temeridad, claridad, suficiencia y mutuo acuerdo del pacto salarial, ausencia de solidaridad, ausencia de pérdidas o riesgos de pérdidas del empleador trasladados al empleado, pago integral de las obligaciones laborales, de seguridad social y conexas, prescripción, autorización de descuentos entregada por el trabajador, enriquecimiento sin causa, inexistencia del deber positivo de asumir una obligación solidaria de libranza y validez legal y autorizada de los descuentos practicados por libranza.

Por su parte HV TELEVISION S.A.S. propuso y sustentó las excepciones de mérito de buena fe contractual, temeridad, claridad, suficiencia y mutuo acuerdo del pacto salarial, ausencia de pérdidas o riesgos de pérdidas del empleador trasladados al empleado, pago integral de las obligaciones laborales, de seguridad social y conexas, prescripción, autorización de descuentos entregada por el trabajador, enriquecimiento sin causa e inexistencia del deber positivo de asumir una obligación solidaria de libranza.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 24 de enero de 2022, condenó a la demandada EMPRESA ADMINISTRACIÓN DE REDES Y PROYECTOS S.A.S. a pagar a la demandante las comisiones reversadas por valor de $ $1.348.767; así como la reliquidación de las prestaciones sociales que corresponden a auxilio de cesantías $108.651, intereses sobre cesantías $1.050, prima de servicios $108.651, vacaciones $54.325; indemnización por terminación del contrato sin justa causa correspondiente a la suma de $82.288, más la sanción moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T. por valor de $25.421.088, y los aportes a pensión, absolviendo de las restantes pretensiones.

Para arribar a dicha conclusión refirió inicialmente que las comisiones integran el concepto de salario, y por ende el problema jurídico se centra en determinar si las "*ventas problemáticas*" y el descuento de comisiones ante la mora del cliente o la no permanencia, se ajusta o no a derecho. Así las cosas, hizo referencia a la cláusula segunda del contrato de trabajo, en la cual se pactó el factor variable del salario, el cual depende del número de ventas de conformidad con la tabla de rangos. De igual manera se pactó que para asegurar la calidad de las ventas, empleador y trabajador aseguran una permanencia de suscripción de 6 meses y una mora no superior a 30 días, y en el evento de ocurrir alguno de los anteriores supuestos, se descontará el valor pagado de comisión por tal venta.

Estimó sobre la validez de la cláusula, que no era obligación de la trabajadora el recaudo de dineros o de fidelización y permanencia de clientes, por ende, no era factible condicionar el pago del salario a través de comisiones, a actividades que no eran propias de sus obligaciones, las cuales solo se ceñían a la venta; de otra parte, que la venta de servicios está atada a la calidad del servicio que se presta al suscriptor, lo cual no resulta imputable a la trabajadora. Por ende, el empleador le trasladó la fidelidad y el pago del suscriptor a la trabajadora, lo cual trasgrede el artículo 43 del C.S.T.,

condenando así al pago de las reversiones y su incidencia en acreencias laborales y aportes pensionales.

En lo atinente a la indemnización moratoria estimó que la mala fe se advierte en tanto dentro de las funciones de al demandante no estaba el recaudo ni la permanencia de los clientes, sin que además el trabajador pueda participar de las pérdidas y riesgos de la empresa.

Finalmente, que la trabajadora autorizó el descuento por libranza, por lo cual la empleadora actuó conforme a derecho al verificar el pago a COMPENSAR y que no existe solidaridad alguna con la empresa HV TELEVISION S.A.S., quien además no fungió como empleadora.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandada presentó recurso de apelación señalando que las comisiones se anticipaban en su pago, no obstante, para su causación se requería, por pacto expreso entre las partes, que se verifiquen las condiciones de permanencia y pago. Aunado a ello, que la trabajadora confesó que dentro de sus obligaciones estaba la retención de clientes, seguimiento al suscriptor para que no incurre en mora, y en los testimonios de la prueba trasladada se estableció que la trabajadora debía llamar a los clientes para evitar ventas problemáticas.

Por ende, la trabajadora si tenía a su alcance y estaba dentro de sus obligaciones contractuales, el verificar actividades para evitar que el cliente permanezca en mora o se desafilie.

De otra parte, que el riesgo de pérdida de clientes no afecta a la empleadora, y en nada afectaba la cuenta de pago que percibía EMPRESA ADMINISTRACIÓN DE REDES Y PROYECTOS S.A.S. del contrato pactado con HV TELEVISION S.A.S, sociedad última que es la que presta el servicio y ostenta suscriptores.

Finalmente, que no se advierte mala fe patronal, en tanto existía una justificación de la inexistencia de la obligación, ello en tanto en otros procesos incluso se ha absuelto a la accionada, y no se advierte arbitraria la cláusula pactada entre las partes, pacto que se advierte razonable, más aún cuando la empleadora cumplió a cabalidad todas sus obligaciones, incluso el pago de la liquidación definitiva.

IV. CONSIDERACIONES:

1. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

2. PROBLEMA JURÍDICO:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá auscultar como problemas jurídicos si la cláusula de devolución de comisiones es ineficaz, y en caso afirmativo, si se debe revocar la condena por concepto de indemnización moratoria.

3. CLÁUSULA DE DESCUENTO DE COMISIONES:

A su vez, el artículo 128 del CST establece que no constituye salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador por concepto de prima, de bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria, así como lo que reciba en especie no para su beneficio, sino para el desempeño de sus funciones, como gastos de representación, medio de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. También se contempla que los beneficios

extralegales, aunque siendo habituales, las partes en forma expresa pactan que no constituye salario, serán excluidos.

Ahora bien, de la revisión del plenario, se advierte que el contrato de trabajo en su cláusula 2ª, reguló de manera expresa el salario que percibiría la demandante, de la siguiente manera:

> *"CLÁUSULA SEGUNDA: REMUNERACIÓN. De conformidad con lo establecido en el literal 1º del artículo 132 del Código Sustantivo del Trabajo, las partes acuerdan que a partir del inicio de labores EL EMPLEADOR le pagará al TRABAJADOR un salario ordinario compuesto por un factor salarial fijo y otro factor salarial variable, según el siguiente detalle:*
>
> *"a. Factor Salarial Fijo: Las partes deciden este componente y la remuneración ordinaria del trabajo realizado en la suma de SEISCIENTOS DIEZ Y SEIS MIL PESOS M/CTE ($616.000). Dentro de la suma anteriormente mencionada se encuentra incluido el valor de los descargos obligatorios de que trata el título VII capítulos I y II del CST, así como también se encuentra incluida la remuneración de todas las actividades administrativas, operativas y comerciales desarrolladas por EL TRABAJADOR, en especial y de manera particular las realizadas en cumplimiento de las metas mínimas indicadas trimestralmente por EL EMPLEADOR en materia de rendimiento, producción y ventas. La forma y criterios para determinar las metas mínimas de rendimiento, producción y ventas se especifican en el PARÁGRAFO PRIMERO de la presente cláusula.*
>
> *"b. Factor Salarial Variable: Además de la anterior suma de carácter fijo, EL TRABAJADOR podrá recibir mensualmente una remuneración variable por sobrepasar las metas mínimas indicadas por el EMPLEADOR en materia de Rendimiento, Producción y Ventas. La forma y criterios para determinar el monto del Factor Salarial Variable se especifican en el PARÁGRAFO PRIMERO de la presente cláusula.*

De otra parte, en los literales b), c) y f) del Parágrafo Primero, se consignó:

> *"b. El factor salarial variable dependerá necesariamente del número de ventas que realice el TRABAJADOR. Para el efecto, EL EMPLEADOR ha diseñado una tabla de rango de ventas, según el cual se asignarán una serie de puntos por cada decena de ventas o fracción, de la siguiente manera".*

"[…]

"c. Para todos los efectos, debe entenderse por "Venta" toda aquella negociación perfecta celebrada entre un suscriptor de servicios de comunicaciones encargados al TRABAJADOR para su comercialización, y la EMPRESA operadora de tales servicios. Para el efecto, el EMPLEADOR señalará al TRABAJADORA la variedad de servicios que deberá comercializar, y la EMPRESA o EMPRESAS operadoras o explotadoras de los mismos.

"[…]

"f. Ventas Problemáticas. Para todos los efectos, y con el fin de asegurar la calidad de las ventas, TRABAJADOR y EMPLEADOR acuerdan que cada venta asegurará una permanencia mínima del suscriptor de 6 meses, y una cartera no superior a 30 días calendario dentro de esa permanencia mínima.

"En caso de que el suscriptor de una venta en particular un dure más de 6 meses o incurra en mora superior a 30 días dentro de ese periodo de permanencia mínima, al TRABAJADOR se le descontará el valor pagado por esa venta dentro de su próximo pago, sin que en ningún caso se llegue a afectar el SALARIO MÍNIMO MENSUAL LEGAL VIGENTE".

Así las cosas, se debe advertir que en el presente evento se pactó que las comisiones constituyen salario, no obstante, también se acordó que el valor pagado se perdería para la trabajadora y debía ser reintegrado mediante un descuento posterior, en el evento que el suscriptor se desafilie antes de ostentar una permanencia mínima de seis (6) meses o incurra en una mora superior a 30 días, en dicho período.

De tal manera, que la cláusula salarial establece el pago de comisiones como integrante del salario, así como la pérdida de lo pagado si el usuario se desafilia o incurre en mora superior a 30 días, último condicionamiento que expresamente se incluyó a efectos de *"asegurar la calidad de las ventas"*. En ese orden de ideas, se tiene que las comisiones, tal como expresamente se pactó por las partes, hacen parte del salario y se causan con ocasión de las ventas, estableciéndose en el literal f), una pérdida del derecho atada a la calidad de la venta, traducida en que no se genere un detrimento ante la

desafiliación del usuario o el incurrir en mora en el pago, aspectos estos, que a juicio de la Sala no pueden ser atribuidos al trabajador.

Se debe acotar que no resulta eficaz el disponer la pérdida del derecho a comisiones que se devengaron por las ventas realizadas, a aspectos relativos a la no incursión en mora por el cliente o a la no desafiliación, en tanto tales situaciones no se pactaron como relevantes para la causación de la comisión, la cual expresamente se pactó que se configuraría por el *"número de ventas que realice el TRABAJADOR"* e incluso se definió el concepto "*venta"* como *"toda aquella negociación perfecta celebrada entre un suscriptor de servicios de comunicaciones encargados al TRABAJADOR para su comercialización, y la EMPRESA operadora de tales servicios"*

Así las cosas, con las ventas realizadas, la comisión se causó e ingreso al patrimonio de la trabajadora, sin que se ajuste a derecho que la misma sea objeto de descuento por la cancelación de la suscripción o encontrarse en mora el usuario, pues tal situación implica trasladarle al trabajador las contingencias propias del cliente y de la empresa en cuanto al recaudo o permanencia, aspectos estos que se calificación como "*ventas problemáticas*", las que, se reitera.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL4155-2022, Radicación No. 87311 del 22 de noviembre de 2022, señaló:

> *"Y es que sobre este tipo de asuntos, la jurisprudencia de la Corte ha diferenciado las comisiones por venta, en la cuales su pago procede aun cuando el recaudo se efectúe con posterioridad a la finalización del contrato de trabajo, pues, a la luz del artículo 27 del CST, cumplida la actividad del trabajador naturalmente se causa en su favor el derecho a percibir el salario pactado. En cambio, frente a las comisiones por recaudo, se generan o surgen únicamente cuando se materializa el pago de lo vendido, en otras palabras, que se lleve a cabo personalmente el mencionado recaudo. Así se dejó sentado en sentencia CSJ SL, 14 ag. 2012, rad. 37192, reiterada en la decisión CSJ SL375-2018, en la que se puntualizó:*

> *"Al contrario, en la referida providencia sobre la cual ésta pretendió edificar las razones para sustraerse al aludido pago lo que se dijo por la Corte fue que una cosa totalmente distinta, esto es, que una cosa eran las 'comisiones por ventas' y otra las 'comisiones por recaudo', por manera que, cuando el trabajador recibía 'comisiones por recaudo' y estos "no se efectúan personalmente por este como consecuencia de la terminación, justa o injusta del contrato de trabajo bien sea por decisión patronal o del trabajador no hay lugar a comisión alguna porque, se repite, estas como elemento integrante del salario constituyen retribución del servicio personal" (Corte Suprema, Sala de Casación Laboral, sentencia de 16 de junio de 1989, radicación 2962), pero, "muy distinto es el caso de las ventas que, realizadas en vigencia del contrato, su pago sólo lo obtiene el patrono después de que este ha terminado porque en ese caso, como claramente lo tiene definido la Sala, el trabajador debe recibir la comisión correspondiente".*

En el presente evento las comisiones se pactaron por las ventas realizadas, mas no porque el cliente permanezca afiliado o no incurra en mora, por lo cual le asistió razón a la *a-quo* al estimar ineficaz el literal f) del parágrafo primero de la cláusula segunda del contrato de trabajo, en tanto, lo que en realidad implica tal pacto, es que las contingencias de la venta, tales como desafiliación antes del periodo de 6 meses o la mora durante más de 30 días, se trasladen al trabajador con la pérdida del salario, lo cual resulta contrario a los derechos mínimos e irrenunciables.

Finalmente, debe señalar que aun en el evento que la trabajadora haya tenido a su alcance cumplir funciones propias del recaudo, como realizar llamadas telefónicas de persuasión de pago o de no desafiliación, lo cierto es que las comisiones se pactaron por ventas, mas no por realizar recaudos, motivo que impele a confirmar la decisión de primer grado en este aspecto.

4. INDEMNIZACIÓN MORATORIA:

Tratándose de la indemnización moratoria, debe indicarse que con la finalidad de proteger los derechos de los trabajadores que se han visto afectados por el incumplimiento de las obligaciones legales a cargo de su empleador, la ley laboral ha previsto algunas consecuencias económicas tendientes a resarcir el

menoscabo que esta conducta pudiese causar al trabajador, incluyendo dentro de ellas, la indemnización por el no pago oportuno de las prestaciones causadas a la finalización del contrato consagrada en el artículo 65 del C.S.T.

Al respecto, según lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, este tipo de indemnización no es de aplicación automática, sino que su imposición opera cuando el empleador no aporta razones satisfactorias y justificativas de su conducta, situación que implica a su vez que cada caso deba analizarse en forma particular, sentencias SL3356-2022, Radicación No. 91692 del 16 de agosto de 2022, SL1595-2020, Radicación No. 70531 del 21 de abril de 2020, SL5040-2019, Radicación No. 70909 del 6 de diciembre de 2019, entre otras.

Aduce el recurrente que la accionada actuó de buena fe, ello en tanto resultaba razonable el descontar la comisión ante la eventualidad de desafiliación o incurrirse en mora, pues así se pactó entre las partes, aunado a ello que la cancelación de suscripciones o mora del cliente, no afectaba económicamente a la empleadora, siendo solucionada además la liquidación definitiva y todas las acreencias laborales.

Sobre el particular, estima la Sala que la empleadora no acreditó un actuar enmarcado en la buena fe patronal, ello en tanto la cláusula pactada le permitía dejar de retribuir el servicio mediante el descuento de comisiones por razones ajenas a las ventas efectivas que las causaban, e incluso, por un motivo fútil, en tanto fue reiterativo el recurrente en afirmar que la pérdida de clientes o la mora en nada afectaba los intereses empresariales.

De otra parte, no es dable revocar la indemnización moratoria por haber solucionado en vigencia de la relación laboral salarios, prestaciones sociales y demás acreencias laborales, en tanto la condena opera en virtud del desconocimiento del salario de la trabajadora ante los descuentos de las comisiones, motivo que impele a confirmar la decisión de primer grado.

COSTAS en esta instancia a cargo de la recurrente.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida 24 de enero de 2022 por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones vertidas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la demandada ADMINISTRACIÓN DE REDES Y PROYECTOS S.A.S. Se fijan como agencias en derecho la suma de $1.000.000.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **29 2021 00068 01**
Demandante:	NANCY YINETH ZAMBRANO MACÍAS
Demandado:	TU APPLICACIÓN S.A.S. hoy ESLABON S.A.S. y BEATRÍZ BOHORQUEZ RAMÍREZ
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar el presente proceso en el grado jurisdiccional de consulta de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la sentencia de primera instancia proferida el 8 de noviembre de 2022 por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá fue totalmente adversa a las pretensiones de la demandante.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora NANCY YINETH ZAMBRANO MACÍAS promovió demanda ordinaria laboral en contra de TU APPLICACIÓN S.A.S. hoy ESLABON S.A.S. y BEATRÍZ BOHORQUEZ RAMÍREZ, a fin de declararse que con la persona jurídica existió un contrato de trabajo a término indefinido por el periodo comprendido entre el 10 de marzo y el 11 de diciembre de 2020, el cual finalizó sin junta causa por

parte de la encartada, así como que la señora BEATRÍZ BOHÓRQUEZ RAMÍREZ como propietaria de la sociedad, es solidariamente responsable.

En virtud de ello, se condene a TU APLICACIÓN S.A.S. hoy ESLABON S.A.S. al reconocimiento y pago de salarios, horas extras, cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, sanción por la no consignación de los intereses a las cesantías, auxilio de transporte, auxilio de conectividad, vacaciones, indemnización moratoria a razón de la falta de pago de salarios y prestaciones sociales, indemnización por despido sin justa causa, aportes al sistema de seguridad social, lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra* y *extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones indicó que, con la sociedad demandada TU APPLICACIÓN S.A.S. hoy ESLABON S.A.S. existió un contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 10 de marzo y el 11 de diciembre de 2020 cuya remuneración salarial mensual ascendió a la suma de $1.300.000, desempeñando funciones en la ciudad de Bogotá las cuales consistían en análisis de requerimientos, pruebas funcionales, elaboración de flujos funcionales y asistencia a reuniones semanales donde se definían los entregables de la semana, siendo su jornada laboral era de lunes a viernes de 8:00 a.m. a 5:30 p.m.

Que la demandada no le canceló prestaciones sociales, intereses a las cesantías, vacaciones y auxilio de transporte, sin que tampoco se le hubiese pagado trabajo suplementario, así como falta de pago en los salarios de los meses marzo, abril, mayo, noviembre y diciembre de 2020.

Por último, señaló que la encartada finalizó su contrato de trabajo sin justa causa y de manera telefónica el 10 de diciembre de 2020.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

TU APPLICACIÓN S.A.S. hoy ESLABON S.A.S. y BEATRÍZ BOHORQUEZ RAMÍREZ contestaron la demanda de manera conjunta manifestando que legalmente la mentada TU APLICACIÓN S.A.S. se constituyó con fecha de matrícula del 13 de mayo de 2020, sumado a que, yace un contrato de prestación de servicios, pero suscrito entre la actora y la sociedad GESTIÓN Y ASERORÍA EN FINANZAS S.A.S.

Formularon como medios exceptivos los denominados inexistencia de la obligación demandada, cobro de lo no debido y pago.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 8 de noviembre de 2022, absolvió a las demandadas de las pretensiones formuladas en su contra.

Para arribar a dicha conclusión, la operadora de instancia indicó que debe tenerse en cuenta para el asunto de marras la falta de legitimación en la causa, la cual, atendiendo los postulados emanados por la jurisprudencia, se constituye en un presupuesto procesal para obtener decisión de fondo, de allí que la ausencia de este requisito prohíba la resolución de las súplicas del líbelo petitorio.

Por tal razón, concluyó la *a-quo* que según se advierte del caudal probatorio, se constituyó una falta de legitimación en la causa por pasiva, en la medida que la sociedad demandada TU APLICACIÓN S.A.S. hoy ESLABON S.A.S. no fue verdadera empleadora de la demandante, sino presuntamente la sociedad GESTIÓN Y ASERORÍA EN FINANZAS S.A.S., sujeto último que no fue llamado a

juicio, situación que conllevó a la absolución de las súplicas de la demanda, incluyendo a la señora BEATRÍZ BOHORQUEZ RAMÍREZ de manera solidaria.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

La sentencia de primera instancia se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante, como quiera que la decisión fue totalmente adversa a sus pretensiones, dando así aplicabilidad a lo consagrado en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales en legal forma y sin existir causal de nulidad que invalide lo actuado, en atención del grado jurisdiccional de consulta que se analiza el presente asunto a favor de la demandante, la Sala analizará si en efecto la decisión adoptada en primera instancia que conllevó a la absolución de las pretensiones se encuentra ajustada a derecho.

De no gozar de prosperidad lo anterior, se analizará lo atinente al contrato de trabajo perseguido por la actora respecto de la sociedad TU APPLICACIÓN S.A.S. hoy ESLABOM S.A.S. y en forma solidaria frente a la señora BEATRÍZ BOHORQUEZ RAMÍREZ.

c. Del caso en concreto:

Para lo pertinente, menester resulta precisar que la falta de legitimación en la causa por pasiva que declarara la *a-quo*, fue sustentada en el hecho que la demandante pretendió solicitar la declaratoria del contrato de trabajo frente a una persona diferente a la traída a juicio.

Al respecto, en tratándose de la figura de falta de legitimación, la misma se orienta a preservar decisiones óptimas que conlleven a la aceptación de los sujetos jurídico procesales que comprendan la litis, entendidos como aquellos que gocen de participación atada a derechos y obligaciones recíprocas en su actuación. Al respecto de dicha figura, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SC2215-2021, Radicación No. 11001-31-03-022-2012-00276-02, dispuso:

> *"3. Siendo que el objeto de los procedimientos lo constituye la efectividad de los derechos reconocidos en la ley sustancial, para que estos cumplan su cometido, se deben satisfacer una serie de exigencias para su eficacia y validez. Para ese fin, resulta cardinal la concurrencia de los denominados presupuestos procesales, que hacen referencia a aquellas condiciones de legalidad del proceso que atañen a su cabal constitución y desarrollo, imprescindibles para dirimir de mérito la litis; «se trata, pues, de constatar, a través de su examen, la legalidad de la relación procesal y su aptitud para conducir a una sentencia válida y útil» (CSJ SC de 6 de feb de 2001, exp. 5656). Dentro de aquellos se encuentran la capacidad para ser parte y la capacidad procesal, cuya importancia ha sido calificada en los siguientes términos:*
>
> *"De acuerdo con la doctrina, ha dicho la Corte que los presupuestos procesales, entendidos como los requisitos exigidos por la ley para la regular formación y el perfecto desarrollo del proceso, deben hallarse presentes para que el juez pueda proferir sentencia de mérito; que su ausencia (en excepcionales casos) lo conduce a un fallo inhibitorio, con fuerza de cosa juzgada formal y no material; y que como estos requisitos implican supuestos previos a un fin pretendido, se impone al fallador, dado el carácter jurídico público de la relación procesal, el deber de declarar oficiosamente, antes de entrar a conocer y decidir sobre las pretensiones y excepciones deducidas por los litigantes y si existen o no los presupuestos del proceso...".*

(CSJ SC de 21 de marzo de 1991, reiterada en CSJ SC de 20 de octubre de 2000)

4. Resulta cardinal recordar que el concepto de "partes", en los procesos judiciales, refiere a las personas que en él intervienen para reclamar determinada pretensión o para resistirse a la formulada por otro sujeto, denominado el primero "parte actora" o simplemente, "demandante" y el segundo "parte demandada" o "demandado", cuya presencia es esencial para la definición de los juicios.

De acuerdo con lo señalado por el maestro Devis Echandía «[C]ualquiera que sea la situación de la parte en el proceso y su modo de actuar (cfr. Núms. 323, 325, 328 y 329), para que su concurrencia sea válida y sus actos produzcan efectos legales- procesales, debe reunir las siguientes condiciones: a) capacidad para ser parte; b) capacidad procesal o para comparecer al juicio, conocida también como legitimatio ad processum; c) debida representación cuando no se actúa personalmente o se trata de una persona jurídica; d) adecuada postulación»[1].

Cada uno de los referidos elementos tiene identidad propia, por lo que han merecido tratamiento diferencial, particularmente en lo que hace a las consecuencias procesales que su eventual ausencia genera, siendo relevantes para el sub judice los referidos a la "capacidad para ser parte" y la "legitimación en causa", dado que sobre ellos descansa la censura.

4.1. ***La capacidad para ser parte*** *está ligada a la capacidad jurídica, o sea, la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones, supeditada a la necesaria existencia, que permite intervenir en el juicio como convocante o convocado y, que de acuerdo con el artículo 44 del Código de Procedimiento Civil, se reconoce a las personas naturales y jurídicas. Ha de destacarse, no obstante, que en modo alguno ésta se puede confundir con la capacidad de obrar, referida a la facultad de ejercer esos derechos y obligaciones sin el auxilio de un tercero, que procesalmente equivale a la capacidad procesal y que determina la posibilidad de realizar actos procesales, directamente o a través del representante o apoderado."*

Bajo este escenario, nótese que según se desprende del *petitum*, la demandante pretende la existencia del contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 10 de marzo y el 11 de diciembre de 2020 con la sociedad TU

[1] *Devis Echandía Hernando. Tratado de Derecho Procesal Civil Parte General, Tomo III, Editorial Temis Bogotá 1963, pág. 43.*

APPLICACIÓN S.A.S., reseñando para lo pertinente que el Nit de identificación es el No. 901-382.456-1.

Por tal razón, confrontado el caudal probatorio que reposa dentro del proceso, aprecia la Sala que la operadora de instancia de manera oficiosa requirió a las partes con la finalidad que acreditaran en forma actualizada el certificado de existencia y representación legal de la mentada sociedad TU APPLICACIÓN S.A.S.

Tal sociedad se identifica con Nit. 901382456-1, mismo suscitado por la demandante dentro del escrito demandatorio, la cual por demás refleja que su constitución fue a partir del 13 de mayo de 2020, inscrita ante Cámara de Comercio en identidad de fecha con el No. 02570510 del Libro IX, siendo objeto de reforma mediante Acta No. 2 del 14 de diciembre de 2021, cambiando su denominación a la de ESLABOM S.A.S.

De otra parte, en atención de lo manifestado por TU APPLICACIÓN S.A.S. hoy ESLABON S.A.S. en la contestación de demanda, donde indicó que la accionante tuvo contrato de carácter comercial con la Sociedad GESTIÓN Y ASERORÍA EN FINANZAS S.A.S., mas no con ella, pertinente resulta manifestar que conforme se denota del certificado de existencia y representación legal de la mentada sociedad, se aprecia que la misma se identifica con Nit. 900473801-7, siendo constituida inicialmente por documento privado del 25 de octubre de 2020, e inscrita ante la Cámara de Comercio el 26 de octubre de esa misma anualidad con el No. 01523005 del Libro IX bajo la denominación de TU APLICCACIÓM S-A-S-, la cual tuvo reformas el 20 de enero de 2020 con cambio de denominación a GESTIÓN Y ASESORÍA EN FINANZAS S.A.S. y el 7 de mayo de 2020 cambiando su denominación a SOFTWARENT S.A.S., último nombre que es el que permanece en la actualidad.

En tal sentido, como lo concluyó la *a-quo*, palmario resulta la configuración de una falta de legitimidad sobre el sujeto jurídico demandado, como quiera que, si bien el actor suscitó como pasiva a la sociedad TU APPLICACIÓN S.A.S. hoy ESLABON S.A.S. y que se identifica con Nit. 901382456-1, lo cierto es esta sociedad para el 10 de marzo de 2020, fecha sobre la cual se persigue el extremo inicial de la relación laboral, no había surgido a la vida jurídica, sino hasta el 13 de mayo de 2020 como da cuenta el correspondiente certificado de existencia y representación legal; circunstancia por la que, no pueda entenderse como sujeto obligado a las reclamaciones de la demandante, pues se itera, su vida legal fue posterior a los presuntos hechos que se le endilgan.

Contrario a ello, lo que denota la Sala es que la persona jurídica SOFTWARENET S.A.S., anteriormente también denominada TU APPLICACIÓN S.A.S., fue constituida desde el 25 de octubre de 2011 con Nit distinto al alegado por la actora en su *petitum*, sin que haya sido demandada dentro del asunto de marras.

Así las cosas, puede colegirse la configuración de falta de legitimación sobre el sujeto traído a juicio como extremo demandado, pues se reitera, se encuentra plenamente acreditada su inexistencia jurídica al momento alegado por la actora en lo que ataña al extremo inicial perseguido como relación laboral, aspectos todos que conllevan a que la decisión de primer grado sea confirmada.

Menester también resulta poner de presente, que a pesar que la sociedad aquí demandada, es decir, ESLABON S.A.S., en algún momento se denominó TU APPLICACIÓN S.A.S., mismo nombre que tuvo la sociedad anteriormente enunciada, esto es, SOFTWARENET S.A.S., sus extremos de constitución e identificaciones de Nit. son distintos, aspecto suficiente para que la Sala constate la falta de legitimidad de la traída a juicio.

SIN COSTAS en esta instancia como quiera que el presente asunto se estudia en el grado jurisdiccional de consulta.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 8 de noviembre de 2022 por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **29 2022 00120 01**
Demandante:	JUAN CARLOS RAMIREZ RESTREPO
Demandados:	COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

AUTO:

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 15 de febrero del 2023 por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor JUAN CARLOS RAMIREZ RESTREPO promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., a fin de declararse la

ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PROTECCIÓN S.A. el 12 de octubre de 1995; asimismo, se declare que está en libertad de afiliarse al régimen de prima media con prestación definida.

Como consecuencia de tales declaraciones, solicita se condene a COLPENSIONES a recibirlo como afiliado cotizante, y a PROTECCIÓN S.A. a liberarlo de sus bases de datos y devolver a COLPENSIONES todos los recursos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos los frutos e interés y rendimientos causado; junto con el pago de costas y agencias en derecho, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra* y *extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 29 de abril de 1959 y efectuó cotizaciones al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, hoy COLPENSIONES, desde julio de 1974 hasta el 12 de octubre de 1995, fecha en la que se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PROTECCIÓN S.A.

Explicó que el asesor de PROTECCIÓN S.A. le ofreció diversos beneficios, entre ellos, pensionarse a temprana edad y con un monto pensional más alto, agregando que el ISS iba a ser liquidado, por lo que sus aportes se encontrarían en riesgo, sin embargo, afirmó que no le explicaron las condiciones para adquirir una pensión y sus modalidades, ni el plazo máximo para retornar al régimen de prima media con prestación definida, agregando que tampoco se le realizó proyecciones pensionales. Alegando así, que no se le proporcionó información suficiente, clara y concisa que le permitiera adoptar la mejor decisión para su perspectiva pensional.

De igual manera, refirió que el fondo le negó la posibilidad de realizar un comparativo pensional entre uno y otro régimen y que radicó petición a ante COLPENSIONES solicitando traslado de régimen pensional, pedimento que fue denegado por la entidad. (folios 1 a 19 archivo 1).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones del libelo introductorio, aduciendo que no se evidencia prueba alguna de la inducción al error al actor por parte de la AFP o de algún vicio en el consentimiento, así como tampoco se evidencia por parte del demandante nota de protesto que permita inferir su inconformidad respecto a la vinculación, además de observarse que las documéntales aportadas se encuentran sujetas a derecho, por lo que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria, sin constreñimientos o presiones indebidas. Aunado a ello, indica que el gestor se encuentra inmerso en la prohibición legal de traslado conforme al artículo 2 de la Ley 797 del 2003.

Propuso como excepciones de fondo las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, prescripción y caducidad, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y la innominada o genérica. (folios 2 a 24 archivo 07)

PROTECCIÓN S.A. se opuso a las pretensiones del *petitum*, argumentado que se está frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, observándose del formulario de vinculación que suscribió el promotor, que dicho acto se realizó en forma libre y espontánea, acto que tiene la naturaleza de un verdadero contrato, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza del Fondo como del afiliado, manifestación de voluntad que estuvo libre de presión y engaños, desvirtuándose cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento, lo que constituye una manifestación inequívoca de trasladarse a ese fondo.

Formuló como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la

obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica (folios 2 a 23 archivo 8).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 15 de febrero del 2023, resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado pensional que hiciere el señor JUAN CARLOS RAMIREZ RESTREPO identificado con C.C. N. 10.097.449, realizada ante la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A., con fecha de solicitud 12 de octubre de 1995, fecha de inicio de efectividad 01 de noviembre de 1995, por los motivos expuestos. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.*
>
> *SEGUNDO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A., a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante JUAN CARLOS RAMIREZ RESTREPO, como cotizaciones, rendimientos y sumas de dinero destinada para garantía de la pensión mínima para lo cual se le concede el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia.*
>
> *TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A., todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, rendimientos y sumas de dinero destinada para garantía de la pensión mínima que se hubieren causado y actualizar la historia laboral.*
>
> *CUARTO: SIN CONDENA en costas.*
>
> *QUINTO: CONSULTAR la presente sentencia en caso de no ser apelada por la parte demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, en los términos del artículo 69 del C.P.T y de la S.S."*

Para arribar a dicha conclusión, la *a-quo* consideró que el problema jurídico a resolver consistía en verificar la procedencia de la nulidad del traslado que realizó el actor al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PROTECCIÓN S.A. en 1995, en razón a una falta de información suficiente, clara y concisa.

Para resolverlo, analizó el material probatorio obrante en el expediente así como expuso el precedente jurisprudencial sobre la ineficacia del traslado del régimen pensional; en consideración, explicó que era deber de PROTECCIÓN S.A. demostrar el cumplimiento del deber de información que le asistía, toda vez que el formulario de afiliación junto con la firma del mismo no eran prueba suficiente para acreditar la existencia de un consentimiento informado, así mismo, concluyó que del interrogatorio de parte practicado al demandante, no se vislumbra confesión alguna del cumplimiento de dicho deber.

Enfatizó que el deber de información implica señalar una a una las características del régimen al que se traslada, así como los riesgos y requisitos para acceder a la pensión en cada uno de los regímenes pensionales, mas no solo comentar las cualidades más atractivas del fondo. Lo anterior, para que el afiliado pueda hacer una comparación entre uno u otro régimen y así, pueda tomar una decisión enfocada en su futuro pensional.

Deber de información que no se acredita con la reasesoría realizada al demandante por parte de PROTECCIÓN S.A., pues no se le dio suficiente ilustración al momento del traslado inicial. Es así, que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional del demandante a través de PROTECCIÓN S.A. ordenando la devolución de los conceptos que esa declaratoria conlleva, junto con todos sus efectos, excepto, la devolución de los gastos de administración, en virtud de que se encuentran estipulados en ambos regímenes, y los seguros previsionales, al considerar que cumplieron con su objetivo y no condenó en costas.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión, la demandada COLPENSIONES la apeló. Al respecto, manifestó su disenso al no haberse emitido condena respecto al reintegro a esa entidad, del porcentaje destinado al pago de seguros previsionales y gastos de administración, en tanto considera se deben devolver al régimen de prima media con prestación definida junto con todos los recursos que obran en la cuenta de ahorro individual del demandante, así

como las cuotas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima, los rendimientos y los bonos pensiones, si hubiere lugar.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

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

se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

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

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

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

jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido".

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

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

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

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fue aportado el formulario de afiliación que efectuó el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través PROTECCIÓN S.A. el 12 de octubre de 1995, vinculación que se hizo efectiva el 1º de noviembre de 1995 según el reporte SIAFP. (folios 35 y 38 archivo 08). Formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntaria, no acredita que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *"Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado".*

De la misma forma, la Representante Legal de PROTECCIÓN S.A. en el interrogatorio de parte que rindió, expuso que el fondo no cuenta con otra prueba diferente al formulario de afiliación que dé cuenta de la asesoría que brindó para esa calenda al actor, ya que era lo único que se exigía.

Por otra parte, el demandante JUAN CARLOS RAMIREZ RESTREPO en el interrogatorio de parte a él practicado, expuso que empezó a cotizar al ISS en 1974 y decidió trasladarse a PROTECCIÓN S.A. en 1995 dado que los asesores

de esa administradora arribaron a su lugar de trabajo, indicando que el ISS iba a desaparecer y sus aportes quedarían en riego; además, le dijeron que obtendría beneficios, tales como, una pensión más alta y se podía pensionar de manera anticipada, y la devolución de aportes en caso de que no se lograra pensionar, y que esa prestación sería heredable. De otra parte, expuso que acercándose a la edad de pensión, se dirigió al fondo y el asesor le informó que se pensionaría con un salario mínimo, destacando que PROTECCIÓN S.A. defraudó su expectativa pensional de tener la pensión que le prometieron, por último señaló que suscribió el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Así las cosas, tal como lo sostuvo la Juez de primer grado, es evidente la viabilidad de impartir condena a cargo del fondo privado en devolver el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; no obstante, le asiste razón a COLPENSIONES al manifestar que igualmente se deber retornar a esa entidad los gastos de administración y los seguros previsionales como lo ha sostenido la Alta Corporación al declararse la ineficacia del traslado, conceptos que deberá retornar PROTECCIÓN S.A. debidamente indexados al momento de su pago. Por lo anterior se adicionará al numeral segundo y tercero de la sentencia de primer grado y en lo demás, habrá de confirmarse la sentencia de instancia.

Sin **COSTAS** en esta instancia al no causarse.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA TERCERA 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 al numeral segundo y tercero de la sentencia proferida el 15 de febrero del 2023 por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de condenar a PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES además de lo correspondiente al fondo de garantía de pensión mínima, lo referente a primas por seguros previsionales y gastos de

administración, sumas que deberán ser indexadas al momento de su devolución y que igualmente deberá recibir COLPENSIONES.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

TERCERO: Sin **COSTAS** en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **31 2022 00030 01**
Demandante:	GERMÁN FERNANDO CÁRDENAS TIBOCHA
Demandado:	JHON JAIRO ALVARADO PIÑERO, como propietario del establecimiento de comercio VITALSHOP
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar el presente proceso en el grado jurisdiccional de consulta de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la sentencia de primera instancia proferida el 8 de septiembre de 2022 por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá fue totalmente adversa a las pretensiones del demandante.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor GERMÁN FERNANDO CÁRDENAS TIBOCHA promovió demanda ordinaria laboral en contra del señor JHON JAIRO ALVARADO PIÑERO, como propietario del establecimiento de comercio VITALSHOP, a fin de declararse que con la encartada existió un contrato de trabajo en la modalidad de verbal a término indefinido por el periodo comprendido entre el 1º de octubre de 2018 y el 3 de noviembre de 2021,

devengando una retribución salarial mensual de $1.200.000, el cual finalizó por causas atribuibles al empleador.

Por consiguiente, se condene al extremo demandado al pago de cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones y prima de servicios, indemnización por despido sin justa causa de que trata el artículo 64 del C.S.T., indemnización por el no pago oportuno de salarios y prestaciones sociales según disposición del artículo 65 de la misma obra, lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita* y costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus súplicas, sostuvo que inició labores en el cargo de Mensajero a favor de VITALSHOW, empresa de servicios farmacéuticos y medicinales, cosméticos y artículos de tocador en establecimientos especializados a partir del 1º de octubre de 2018, vínculo que estuvo regido mediante contrato de trabajo verbal a término indefinido y que abarcó hasta el 3 de noviembre de 2021.

Que el cargo de Mensajero tuvo como funciones la distribución de pedidos en la Ciudad de Bogotá y sus alrededores, además de adquirir productos con los proveedores, acordándose con el señor JHON JAIRO ALVARADO PIÑERO que los pagos por concepto de salarios se realizarían de manera diaria, habiendo días que se le pagaba $40.000 y otras veces hasta $80.000.

Refirió que el horario de trabajo era de lunes a sábado desde las 8:00 a.m. hasta las 10:00 p.m., sin que nunca le hubiesen sido reconocidas prestaciones sociales, ni mucho menos afiliado al sistema de seguridad social integral.

Que VITALSHOW, por intermedio de su Gerente General JHON JAIRO ALVARADO PIÑERO, le hizo entrega de una carta de recomendación donde se especifica el tiempo laborado y las funciones realizadas, así como que el 3 de noviembre de 2021 fue despedido de manera verbal y sin justificación alguna y, a razón de dicho

finiquito, omitió el pago de la liquidación de prestaciones sociales, como tampoco le fue entregada constancia de la cancelación de aportes al sistema de seguridad social integral.

Finalmente, expuso que el 17 de noviembre de 2021 elevó derecho de petición al extremo demandado solicitando de manera respetuosa el pago de sus acreencias laborales, sin obtener respuesta alguna.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

El señor JHON JAIRO ALVARADO PIÑERO contestó la demanda con oposición de las pretensiones formuladas en su contra, bajo el entendido que con el demandante nunca existió relación laboral alguna, sin que se configuraran los elementos esenciales del contrato de trabajo al tenor de lo estatuido en el artículo 23 del C.S.T.

Que nunca se presentó el elemento subordinante para con el demandante, más aún si éste actuaba con sus propios medios, bajo su cuenta y riesgo, con autonomía técnica y administrativa, prestando de manera ocasional los servicios de mensajería expresa, como también lo hacía con otros establecimientos, entre ellos restaurantes de comida china. No formuló medios exceptivos.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 8 de septiembre de 2022 absolvió al demandado de las pretensiones formuladas en su contra.

Para arribar a dicha conclusión, indicó la *a-quo* que, teniendo en cuenta los artículos 22, 23 y 24 del C.S.T., y lo adoctrinado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es al demandante a quien le corresponde acreditar la prestación del servicio respecto de la demandada.

Que al revisar el caudal probatorio acreditado al plenario, yace un documento que a juicio de la parte demandante constituye prueba reina de que efectivamente se constituyó una relación laboral, prueba que se denomina como carta de recomendación, pero al confrontarse el mismo primeramente se aprecia que no goza de fecha de expedición que permita inferir periodo alguno sobre la presunta relación laboral, además de que su contenido únicamente describe características personales del demandante, sin que dichos aspectos puedan inferir la existencia de un verdadero contrato de trabajo.

Asimismo, sostuvo que, del interrogatorio de parte rendido por el demandado, el mismo lo único que confesó fue que el actor prestó un servicio de manera esporádica desde el año 2018 hasta el año 2020, misma situación que se pudo colegir de la prueba testimonial recaudada.

Por otra parte, sostuvo que en gracia de discusión y atendiendo la carta de recomendación, también se puede colegir que el demandado desvirtuó el elemento subordinante, en la medida que la mentada documental lo que da cuenta es que entre las partes existió un vínculo de naturaleza distinta a un contrato de trabajo, aspectos todos por los que absolvió al demandada de las súplicas impuestas por el señor GERMÁN FERNANDO CÁRDENAS TIBOCHA.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

La sentencia de primera instancia se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante, como quiera que la decisión fue totalmente adversa a sus pretensiones, dando así aplicabilidad a lo consagrado en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales en legal forma y sin existir causal de nulidad que invalide lo actuado, en atención del grado jurisdiccional de consulta que se analiza el presente asunto a favor del demandante, la Sala analizará primeramente si entre las partes existió un contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 1º de octubre de 2018 y el 3 de noviembre de 2021, devengando una retribución salarial mensual de $1.200.000, el cual finalizó por causas atribuibles al empleador.

De salir abante lo anterior, la Sala deberá adentrarse al estudio de las pretensiones de carácter condenatorio invocadas por el señor GERMÁN FERNANDO CÁRDENAS TIBOCHA.

c. Del contrato realidad:

Es menester acotar que el artículo 22 del C.S.T. define el contrato de trabajo como aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. A su vez, el artículo 23 *ejusdem* determina los elementos del contrato de trabajo, ellos son la actividad personal, la continuada subordinación o cumplimiento de órdenes, y un salario como retribución del servicio.

Reunidos los citados elementos, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades

que se le agreguen. El artículo 24 del C.S.T. estipula la presunción legal de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.

Por ello la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha determinado que, al promotor del proceso le incumbe acreditar la prestación del servicio, para que se active la presunción de la citada norma, evento en el cual le corresponde al eventual empleador desvirtuar la carga probatoria que le asiste, según sentencias SL1389-2020, Radicación 73353 del 5 de mayo de 2020, SL1390 de 2020, Radicación No. 75795 del 5 de mayo de 2020, SL2240-2022, Radicación No. 88672 del 28 de junio de 2022, SL2186-2022, Radicación No. 89890 del 29 de junio de 2022, SL2189-2022, Radicación No. 90418 del 29 de junio de 2022, entre otras.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1439-2021, Radicación No. 72624 del 14 de abril de 2021, en lo que atañe al elemento subordinante determinó como pilar fundamental de dicho elemento lo siguiente:

> *"**1.1. La subordinación: clave de bóveda en la determinación de una relación de trabajo subordinada***
>
> *"Bien tiene sentado la Corte que la subordinación es el elemento diferenciador entre una relación laboral y una civil o comercial (SL2885-2019). En efecto, tanto en contratos comerciales como en laborales, pueden estar presentes la prestación personal del servicio y la remuneración, por tanto, la dependencia es el factor que marca la diferencia entre uno y otro.*
>
> *"La subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, en los términos del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, «faculta a éste [sic] para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato».*
>
> *"La doctrina ha subrayado que la subordinación es la causa del contrato de trabajo, pues el empleador busca a través de este reservarse la facultad de dirigir y controlar la fuerza laboral, conforme sea necesario para el logro de sus objetivos empresariales. La jurisprudencia de esta Sala ha resaltado también como causa del contrato de trabajo la facultad del empleador de disponer de la capacidad de trabajo según sus necesidades organizativas. Por ejemplo, en la sentencia CSJ SL4479-2020 la Corte refirió:*

"No debe olvidarse que una de las razones principales por las que los empleadores vinculan trabajadores a su servicio es para reservarse el derecho de controlar y dirigir la labor de sus empleados.

"A diferencia de otros contratos no laborales en los que el objeto es un resultado -entrega de un bien o un servicio- y, por tanto, se procura fijar las condiciones para el logro de esa meta, en el contrato de trabajo el empleador procura ejercer un control sobre la actividad del trabajador o sobre su comportamiento, para adecuarlo al logro de sus fines empresariales. Por este motivo, la ley lo autoriza para dirigir, vigilar y sancionar su conducta, mientras que, en los ordenamientos civiles o comerciales, la ley faculta a las partes con acciones o penalidades encaminadas a garantizar el cumplimiento del objeto contractual.

"De esta forma, la subordinación, elemento central del contrato de trabajo, recae sobre la actividad del trabajador como tal. Y tiene como contracara o reverso, el poder de dirección y control del empleador sobre ese comportamiento. Dicho de otro modo: poder de organización, dirección y control y deber de subordinarse son dos caras de una misma moneda. Por ello, examinar esas dos dimensiones de la relación jurídica para formarse una imagen completa de la realidad fáctica, puede arrojar bastante claridad en los casos ambiguos o de relaciones laborales encubiertas."

En el transcurrir del trámite procesal se practicó el interrogatorio de parte del demandante, quien manifestó que el objeto social del establecimiento de comercio VITALSHOP es la venta de productos farmacéuticos y naturales. Refirió no ser cierto que con el demandante hubiese existido una relación de carácter laboral.

Que el demandante ocasionalmente le prestaba algunos servicios para llevarle productos a unos clientes tales como vitaminas y frutos secos, servicio que dependía de la disponibilidad que tuviera el demandante, puesto que él como demandado también acudía a otros domiciliarios, y ese servicio lo prestaba el actor aproximadamente dos o tres días a la semana.

Refirió que el tiempo que se demoraba el demandante en un servicio dependía del número de paquetes que tuviera que llevar, el tráfico de la ciudad, entre otros aspectos, así como que tiene entendido que el actor también prestaba sus servicios

a unos restaurantes de comida china. Que el demandante descontaba de la plata que cancelaban los clientes un promedio de $6.000 o $7.000.

Que conoció al demandante en el año 2018, y el último servicio que prestó el prestó el actor fue en el mes de diciembre de 2020, ello con ocasión a que presentó unos incumplimientos en los pedidos a entregar.

El demandante expuso en el interrogatorio de parte practicado que es mensajero, siendo a su vez el mensajero del demandante en un horario de 9:00 a.m. hasta las 7:00 p.m. de lunes a sábado, precisando que los días domingos trabajaba en un restaurante de comida china.

Que aproximadamente inició labores con el demandado en el mes de octubre de 2018, siendo despedido de manera injustificada en el mes de noviembre de 2021, situación última que sucedió por cuanto el demandado le efectuó unas llamadas en horas de la mañana por no haberle podido llevar un pedido a un cliente.

Frente a la remuneración, indicó que se componía de dos tipos, pues los pedidos que ya estaban pagos el demandado se los cancelaba a él en valor de $6.000, mientras que los pedidos que eran por cobro se los cancelaba en la suma de $7.000, y en ocasiones salían diariamente entre 12 y 15 pedidos, de ahí que prácticamente entregara pedidos todo el día ya que esta entrega debía realizarse por todo Bogotá y en ocasiones en Chía, Funza, entre otros lugares.

La testigo JAZMÍN RUÍZ PIÑEROS indicó que es hermana del demandado y en alguna ocasión trabajaron juntos, al igual que conoce al demandante por cuanto ella trabajó en la tienda aproximadamente desde el mes de marzo hasta agosto de 2021, siendo éste era quien llevaba los productos a los clientes.

Que el demandante era quien entraba a la tienda y recogía los pedidos para llevárselos a los clientes, pedidos que recogía esporádicamente en la mañana o en

ocasiones en la tarde, y generalmente iba 4 o 5 días a la semana puesto que manifestaba que tenía algunos asuntos de carácter personal. Que los pedidos que entregaba cada uno se le pagaba aproximadamente entre $7.000 u $8.000.

Sostuvo que en ocasiones hacía la mensajería el mismo demandado o a través de otras empresas, familiares o amigos, sin que tenga conocimiento del por qué el demandante dejó de prestar el servicio de mensajería, como tampoco cuando fue que el demandante empezó a prestar esos servicios de mensajería.

Que el demandante tenía su moto y se transportaba a través de ella, y en los días en que el actor no llevaba los pedidos una tercera persona lo hacía. Que el demandante nunca recibía órdenes, sino únicamente los paquetes a entregar, así como que era el mismo demandante quien organizaba sus rutas de entrega llamando a los respectivos clientes.

Que el mismo demandante le comentó que también trabajaba como mensajero a través de una aplicación y en un restaurante chino, sin que el demandado le diera órdenes al actor.

La testigo MARÍA FERNANDA SARMIENTO RUÍZ indicó que el demandado es su tío, así como que conoce al demandante porque iba eventualmente a VITALSHOP a entregar o recoger pedidos, conociéndolo a mediados de octubre de 2020. Que ella como testigo asistía al establecimiento de comercio de manera eventual ya que cuando tenía vacaciones de la universidad le ayudaba a su tío. No sabe hasta cuándo el demandante entregó pedidos para VITALSHOP, poniendo de presente que el actor iba aproximadamente cada 2 o 3 días en la semana.

Que aparte del demandante, la empresa de mensajería Inter Rapidísimo les ayudaba con el servicio de entrega de pedidos y otras empresas alternas, por lo que nunca se dependió de la labor directa del demandante.

Así las cosas, en atención de los postulados tanto legales como jurisprudenciales, acreditada quedó la prestación del servicio del demandante para con el demandado en su establecimiento de comercio VITALSHOP, puesto que fue el mismo encartado quien confesó que en efecto el actor prestaba servicios de mensajería como lo era la entrega de pedidos a diferentes zonas de la Ciudad de Bogotá y aledañas, siendo así carga del demandado desvirtuar el elemento subordinante, órbita trascendental para la configuración de una verdadera relación laboral.

Tal aspecto de subordinación a juicio de la Sala fue desvirtuado, como quiera que del interrogatorio practicado al mismo demandado señor JHON JAIRO ALVARADO PIÑERO, inclusive lo expuesto por las testigos JAZMÍN RUÍZ PIÑEROS y MARÍA FERNANDA SARMIENTO RUÍZ, hermana y sobrina del demandado respectivamente, fueron contestes en señalar que si bien el demandante desempeñó los servicios de mensajería para el establecimiento de comercio VITALSHOP, lo cierto es que el mismo fue de manera esporádica bajo el entendido que la mensajería no era diariamente ni derivada de una actividad de permanencia del demandante dentro de dicho establecimiento.

Por el contrario, existió consistencia y congruencia en sus dichos cuando relataron que el actor no llevaba a cabo la mensajería del establecimiento en forma continua; tan es así, que los pedidos inclusive eran llevados por otras personas e inclusive por empresas de mensajería, adicional al hecho que el actor no tenía un tiempo específico para entregarlos puesto que distribuía el tiempo a su acomodo, es decir, que en ningún momento se encontraba subordinado, como tampoco cumplía un horario permanente como lo expuso el propio actor en los supuestos fácticos de la presente demanda, más aún si también prestaba servicios de mensajería a otras personas

Ahora bien, del caudal probatorio allegado por la parte demandante, yace documento expedido por el propio demandado y que no fuese refutado de falso, cuya referencia que contiene es "*Carta de Recomendación*", que consigna:

"A quien pueda interesar:

Reciba un cordial y respetuoso saludo

A través de estas líneas deseo hacer de su conocimiento que el Señor Germán Fernando Cárdenas Tibocha identificado con cédula de ciudadanía No. 79 865 861, quien labora en nuestra organización desde hace 3 años, es un ciudadano con una conducta intachable. Ha demostrado ser una excelente persona y un gran trabajador, comprometido, responsable y fiel cumplidor de sus tareas. Siempre ha manifestado preocupación por mejorar por mejorar, capacitarse y actualizar sus conocimientos.

Durante estos años se ha desempeñado como: Mensajero, encargado de la distribución de pedidos en Bogotá y sus alrededores, además de adquirir productos con los proveedores. Es por ello que, le sugiero considere esta recomendación, con la confianza de que estará siempre a la altura de sus compromisos y responsabilidades."

De dicha documental, puntualiza la Sala que a pesar de que fuese expedida por el propio demandado, no es contundente para validarla concatenada a un verdadero contrato de trabajo, toda vez que presenta distintas inconsistencias tales como que carece de extremos temporales, no goza con una fecha de expedición, lo que implica también una carencia de información suficiente para la configuración de una verdadera relación laboral.

Asimismo, no puede perderse de vista que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha indicado, que en tratándose de certificaciones laborales emanadas por el presunto empleador, si bien en principio deben avalarse como tal, lo cierto es que al tenor de la libre apreciación probatoria, su validez puede equipararse con otros medios de convicción, así dio entendimiento en la sentencia SL4523-2019, Radicación No. 65837 del 23 de octubre de 2021, rememorando la postura que ha venido manteniendo en decisiones anteriores:

"En relación a la valoración de esta clase de documentos, la Corte se pronunció en sentencia CSJ SL 8 mar. 1996, rad. 8360, reiterada en las sentencias CSJ SL, 23 sep. 2009 rad. 36748; CSJ SL, 24 ago. 2010 rad. 34393; CSJ SL, 30 abr. 2013 rad.

38666; CSJ SL17514-2017, SL2023-2018 y SL4794-2018, en la primera de las citadas la Sala puntualizó:

"(....) El demandante en el interrogatorio de parte admitió que solicitó para diligencias particulares de él las constancias que le expidiera el demandado sobre tiempo de servicios y salario, pero no dijo que su contenido fuera inexacto o contrario a la realidad que de ellas emerge. El juez laboral debe tener como un hecho cierto el contenido de lo que se exprese en cualquier constancia que expida el empleador sobre temas relacionados con el contrato de trabajo, ya sea, como en este caso, sobre el tiempo de servicios y el salario, o sobre otro tema, pues no es usual que una persona falte a la verdad y dé razón documental de la existencia de aspectos tan importantes que comprometen su responsabilidad patrimonial o que el juez cohoneste este tipo de conductas eventualmente fraudulentas. Por esa razón, la carga de probar en contra de lo que certifique el propio empleador corre por su cuenta y debe ser de tal contundencia que no deje sombra de duda, de manera que, para destruir el hecho admitido documentalmente, el juez debiera acentuar el rigor de su juicio valorativo de la prueba en contrario y no atenerse a la referencia genérica que haga cualquier testigo sobre constancias falsas de tiempo de servicios y salario o sobre cualquier otro tema de la relación laboral...".

Es por ello, que con los demás medios de convicción el documento acreditado por el demandante no contiene aspectos trascendentales que induzcan a la Sala sobre la existencia de un verdadero contrato de trabajo para con el demandante, lográndose así desvirtuar el elemento subordinante, máxime si se tiene en cuenta la libre apreciación del convencimiento al tenor de lo estatuido en el artículo 61 del C.P.T. y de la S.S.; circunstancia por la cual, la sentencia de primera instancia habrá de confirmarse en su integridad.

SIN COSTAS en esta instancia como quiera que el presente asunto se estudia en el grado jurisdiccional de consulta.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 8 de septiembre de 2022 por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **32 2021 00653 01**
Demandante:	LUZ MARY MURILLO FRANCO
Demandados:	COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

AUTO:

Se reconoce personería jurídica para actuar en representación de PORVENIR S.A. a la abogada VALENTINA GÓMEZ TRUJILLO, identificada con cédula de ciudadanía 1.012.459.669 y T.P. 366.614 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., en contra de la sentencia proferida el 9 de marzo del 2023 por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora LUZ MARY MURILLO FRANCO promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., a fin de declararse la ineficacia o nulidad del traslado y la afiliación que realizó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad y en consecuencia, se le vincule a COLPENSIONES.

Como consecuencia de tales declaraciones, pretende se ordene a PORVENIR S.A. traslade a COLPENSIONES los aportes, bonos pensionales y sus rendimientos efectuados a su nombre. De manera subsidiaria, solicita se condene a PORVENIR S.A. al pago de los perjuicios materiales y morales ocasionados por el traslado al régimen de ahorro individual, al no explicar las desventajas del mismo, asumiendo el pago de la pensión en las mismas condiciones que debió realizarse por COLPENSIONES; más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra* y *extra petita,* junto con la condena en costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que efectuó cotizaciones al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES, por el periodo comprendido entre julio de 1989 hasta marzo de 1996. Expuso, que en esta última calenda se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PORVENIR S.A., por exigencia su empleador COCELCO S.A., dado que esas dos sociedades pertenecen al mismo grupo empresarial, además, indicó que le dijeron que en el fondo privado obtendría mayores rendimientos y que podía pensionarse a cualquier edad; sin embargo, aduce que no le explicaron las características, ventajas o desventaja de uno u otro régimen pensional, las consecuencias del traslado, el monto necesario para pensionarse en el régimen de ahorro individual, el financiamiento de la pensión y sus modalidades; entre otros, y que tampoco se le informó de la merma que sufriría su mesada pensional en ese régimen.

En otro giro, refirió que solicitó a las encartadas el 2 de noviembre del 2021, la ineficacia del traslado y el pago de los perjuicios materiales y morales, pedimentos que fueron resueltos de manera negativa. Por último, explicó que los perjuicios materiales se derivan de la disminución de su pensión al no seguir cotizando en el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES, y que en

virtud de ello se debe pagar la totalidad de la pensión que hubiese recibido de seguir afiliada al régimen que administra dicha entidad, lo que correspondería a al lucro Cesante (folios 2 a 11 archivo 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones del libelo introductorio, aduciendo que no se evidencia ninguno vicio de consentimiento en la vinculación que realizó la gestora a PORVENIR S.A., dado que el traslado de régimen se realizó de manera voluntaria y consciente de acuerdo a los parámetros establecidos en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, además indicó que no tuvo injerencia en el acto jurídico de traslado y que un eventual retorno de la demandante al régimen que administra, pondría en riesgo el principio de sostenibilidad financiera.

Propuso como excepciones de fondo las de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social, juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de COLPENSIONES, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica. (folios 2 a 31 archivo 04).

PORVENIR S.A. al contestar, se opuso a las pretensiones de la demanda, arguyendo que el traslado de régimen pensional de la demandante al régimen que administra fue completamente válido, pues indica que la actora suscribió el formulario de forma libre y espontanea tras haber recibido información clara, veraz y oportuna conforme al numeral 1º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, razón por la cual sería improcedente declarar un error de hecho, cuando en realidad lo que se alega es un error de derecho frente a condiciones que están determinadas en la ley, luego, no existe prueba alguna que dé cabida a la nulidad de la afiliación a razón de algún vicio del consentimiento o falta del deber de información; por ende, no es dable retrotraer la afiliación efectuada al RAIS.

Formuló como excepciones las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (folios 2 a 29 archivo 06).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 6 de marzo del 2023, resolvió:

> *"**PRIMERO**: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por las demandadas, conforme las consideraciones expuestas.*
>
> ***SEGUNDO**: DECLARAR la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por la demandante LUZ MARY MURILLO FRANCO a través de PORVENIR S.A., de fecha 13 de marzo de 1996.*
>
> ***TERCERO**: Como consecuencia de lo anterior, CONDENAR a la demandada PORVENIR S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES la totalidad de los recursos que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, lo que incluye los aportes efectuados junto con sus rendimientos. Así mismo deberá trasladar las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la DEMANDANTE ha estado afiliada a dicha sociedad, valores que deberán ser indexados y asumidos por PORVENIR S.A. con cargo a sus propios recursos.*
>
> ***CUARTO**: ORDENAR a la demandada COLPENSIONES a recibir a la demandante LUZ MARY MURILLO FRANCO como afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad, y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliada al momento del traslado de régimen que se declara ineficaz.*
>
> ***QUINTO**: CONDENAR en costas a la demandada PORVENIR S.A. y a favor de la demandante, tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a dos (02) smlmv. Sin costas respecto de COLPENSIONES.*
>
> ***SEXTO**: En caso de no ser apelada la presente decisión, y en lo desfavorable a la demandada COLPENSIONES, remítase al superior en el grado jurisdiccional de consulta."*

Para arribar a dicha conclusión, el *a-quo* trajo a colación el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que establece la selección libre y voluntaria de régimen pensional, precisando que quien desconozca este derecho se hace acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1º del artículo 271 de la norma en cita. Además,

expuso que el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 2003, señala los tiempos mínimos de permanencia en cada régimen y la restricción de no poder trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, igualmente destacó que el numeral 1º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, ya hacía referencia a la información que se debe suministrar a los usuarios.

De otro lado, acotó que si bien no se acredita una posible coacción a la actora por parte del empleador COCELCO S.A., para que se trasladara de régimen, en razón a que hacía parte del grupo empresarial Luis Carlos Sarmiento Angulo, al cual también pertenece el fondo privado demandado. No puede olvidarse que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que el deber de información respecto de los posibles afiliados está a cargo de los fondos privados, deber que existe desde la creación de los mismos, además en esas administradoras recae la carga de la prueba; de la misma forma sostuvo que la información debe contener los aspectos favorables y desfavorables del cambio de régimen, y tal consentimiento informado no se prueba con la suscripción del formulario de afiliación, además señaló que no es necesario que el afiliado demuestre estar en régimen de transición, estar próximo a causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación así mismo que la declaratoria de la ineficacia no prescribe.

Señaló que durante el trámite procesal se acreditó que la demandante efectuó aportes al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES entre el 7 de julio de 1989 y el 31 de marzo de 1996, precisando que la demandante se trasladó de régimen a la AFP PORVENIR S.A. el 13 de marzo de 1996, más nunca se dio una vinculación inicial como erróneamente se consignó el formulario de vinculación a ese fondo.

Al referirse al interrogatorio de parte que depuso la promotora, estimó que no confesó habérsele brindado información clara, suficiente y oportuna sobre la naturaleza de cada uno de los regímenes pensionales, las características y diferencias entre uno y otro, toda vez que nunca fue asesorada

En esa medida, declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante; a su vez ordenó a COLPENSIONES afiliar a la actora en esa administradora y a la demandada PORVENIR S.A., trasladar a COLPENSIONES los aportes junto con sus

rendimientos, gastos de administración, seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de pensión mínima, debidamente indexados. Absolvió de las pretensiones subsidiarias, dada la prosperidad de las pretensiones principales, declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a PORVENIR S.A.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación contra la sentencia proferida. Al respecto, sostuvo que de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral, en casos como el presente, se debe analizar cada situación en particular, además señaló que la demandante realizó el traslado de régimen pensional de manera voluntaria, informada y sin presiones, y que en cualquier caso, las características, ventajas y desventajas del RAIS se encontraban establecida en la ley 100 de 1993, por lo que la demandante debió actuar con mediana diligencia y obtener la información suficiente sobre el acto jurídico que estaba suscribiendo.

Adicionalmente, agregó que no es dable retornar los rendimientos financieros que se hubiesen generado en el ISS, y que, en virtud de las restituciones mutuas, tampoco sería plausible devolver los gastos de administración y las primas de seguros previsionales, haciendo hincapié que estas últimas ya no se encuentran en poder de la entidad y por ley le es posible hacer tales descuentos. Finalmente, indicó que, al desestimarse las pretensiones de la demanda, no procede condena en costas en su contra.

COLPENSIONES en su alzada manifestó que la demandante no es beneficiara del régimen de transición para efectuar el traslado pensional, por consiguiente, se encuentra inmersa en la prohibición legal para trasladarse de régimen, así las cosas, su actuar siempre ha estado cimentado en la salvaguarda del principio de sostenibilidad financiera y el de relatividad jurídica, sin que para la fecha del traslado se exigirá otro requisito diferente al formulario de afiliación.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a

consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fue aportado el formulario de afiliación que efectuó la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través PORVENIR S.A. el 13 de marzo de 1996 , vinculación que se hizo efectiva el 1º de mayo de 1996 según el reporte SIAFP. (folios 30 y 107 archivo 06). Formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntaria, no acredita que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *"Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado".*

Por otra parte, la demandante señora LUZ MARY MURILLO FRANCO en el interrogatorio de parte a ella practicado, expuso que su traslado a PORVENIR lo llevó a cabo la empresa para la cual laboraba, Compañía Celular Colombiana; la cual al igual que el fondo pertenecía al Grupo Sarmiento Angulo, agregando que solo suscribió el formulario de vinculación el cual fue diligenciado por el área de recursos humanos, más nunca recibió asesoría previa o posterior por parte de PORVENIR. Añadió, que no se le dio información sobre rentabilidad de aportes, posibilidad de efectuar aportes voluntarios, así como tampoco los requisitos para pensionarse en uno u otro régimen, y que había diferencias entre estos.

De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna de parte de la actora sobre el pleno suministro de una debida información, luego, al ser el formulario de afiliación la única prueba relevante que advierta una información de PORVENIR S.A. al momento del traslado de la demandante, según lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es evidente la carencia probatoria de esa encartada para soportar la inversión de la

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

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

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

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

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado la actora para el año 1996, una *"Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*".

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

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración, aspecto sobre el cual manifiesta su disenso PORVENIR S.A., debe memorarse que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, ha señalado al respecto:

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

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

> *"Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera*

ocurrido, lo que apareja que COLFONDOS S.A. Deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales".

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión.

En otro giro, respecto a una posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera al declararse la ineficacia del traslado, frente al cual COLPENSIONES hace alusión en su apelación, debe indicarse que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha expuesto sobre el particular:

"Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

"Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por COLPENSIONES, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

"Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado

con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»".

En igual sentir, en sentencia SL 1440 del 2021, se estipuló y dejó sentada la línea jurisprudencial de la siguiente manera:

"Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que PORVENIR S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a COLPENSIONES, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.

"Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

"En esa línea, esta Sala de casación ha insistido en el traslado de los gastos de administración como efecto de la ineficacia, así se señaló en la sentencia CSJ SL 2877-2020:

"[…] el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

"Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.

"De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

"En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a COLPENSIONES de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional."

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas de la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se han efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *"la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible […] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de*

ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción".

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se predica de la pretensión consecuencial de la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

> *"Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada PORVENIR S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020).*
>
> *"De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de PORVENIR S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.*

Así las cosas, tal como lo sostuvo el Juez de primer grado, es evidente la viabilidad de impartir condena a cargo de los fondos privados de devolver a COLPENSIONES los gastos de administración, las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados al momento de su devolución, como viene de verse. Adicionalmente, debe indicarse que al resultar vencida en juicio el fondo privado, es viable la condena en costas.

Colorario de lo anterior, se confirmará la sentencia de primer grado. **COSTAS** en esta instancia a cargo de las recurrentes.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA TERCERA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.,** administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 9 de marzo del 2023 por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes COLPENSIONES y PORVENIR S.A. Se fija como agencias en derecho la suma de $500.000, a cargo de cada una, y a favor de la parte actora; las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **35 2020 358 01**
Demandante:	MARÍA INÉS MANCILLA CAREY
Demandado:	MÁRMOLES Y PIEDRAS DEL NORTE S.A.S.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, en contra de la sentencia proferida el 21 de septiembre de 2022 por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora MARÍA INÉS MANCILLA CAREY, actuando en calidad de cónyuge supérstite y en representación de la sucesión del causante NEYID SKILL CUADROS URIBE, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la

sociedad MÁRMOLES Y PIEDRAS DEL NORTE S.A.S., a fin que se declare que entre el causante y la accionada existió un contrato de trabajo con vigencia entre el 15 de enero de 2018 y el 6 de noviembre de 2018.

En consecuencia, se condene a la accionada al pago de auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, prima de servicios, indemnización moratoria, aportes correspondientes a pensión y las costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que el 15 de enero del 2018, el señor NEYID SKILL CUADROS URIBE (q.e.p.d), suscribió contrato de trabajo con la sociedad MÁRMOLES Y PIEDRAS DEL NORTE S.A.S., a fin de prestar sus servicios personales en el cargo de Supervisor de Obra, bajo las órdenes e instrucciones de la sociedad empleadora; que como contraprestación percibía la suma de $3.500.000 mensuales.

Que las funciones que realizaba se ceñían a coordinar y ejecutar las obras encargadas, compra de materiales de construcción, así como coordinar el personal necesario para la ejecución de las obras. Que la relación laboral terminó con ocasión al deceso del trabajador acaecido el 6 de noviembre del 2018; que el causante contrajo nupcias con la señora MARÍA INÉS MANCILLA CAREY, procreando al menor SHAGEL CUADROS MANCILLA; finalmente que la empleadora adeuda las acreencias laborales deprecadas.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada MÁRMOLES Y PIEDRAS DEL NORTE S.A.S. se opuso a la totalidad de pretensiones formuladas en su contra. Para tal efecto señaló que entre el señor NEYID SKILL CUADROS URIBE (q.e.p.d.) y la sociedad accionada, nunca existió un vínculo de carácter laboral; por el contrario, realmente era un contratista independiente que realizaba instalación de piedra durante más de 30 años de manera autónoma e independiente, sin que se haya pactado como remuneración el pago de salario.

Formuló como medios exceptivos los denominados inexistencia de una relación laboral entre las partes, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación, prescripción de la acción y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 21 de septiembre de 2022, declaró que entre el señor NEYID SKILL CUADROS URIBE (q.e.p.d.) y la sociedad MÁRMOLES Y PIEDRAS DEL NORTE S.A.S., existió una relación laboral regida por un contrato de trabajo vigente entre el 14 de septiembre y el 1º de noviembre del 2018; condenando a la accionada al pago de auxilio de cesantías por valor de $113.511,92, intereses a las cesantías en $1.778,35, prima de servicios en $113.511,92, compensación de vacaciones en $50.997,74, más el cálculo actuarial por los

aportes pensionales entre el 14 de septiembre y el 31 de octubre del 2018, con un salario base de cotización de un salario mínimo legal mensual vigente, así como al pago de la indemnización de que trata el artículo 65 del C.S.T.

Para tal efecto estimó frente a la existencia del contrato de trabajo, que por activa se acreditó la prestación del servicio, en tanto así se confesó por el representante legal de la sociedad accionada, al referir que por petición del trabajador, le realizó un contrato a ejecutar entre el 14 de septiembre de 2018 y el 1º de noviembre del mismo año; aunado a ello que los testigos dieron cuenta que laboró en la obra realizada en el Municipio de La Ceja (Antioquia), máxime que se aportaron aportes al Sistema General de Seguridad Social entre septiembre y noviembre de 2018.

Entre el 15 de enero y el 13 de septiembre y del 2 al 6 de noviembre de 2018, no se acredita la prestación del servicio, ello en tanto el representante legal no confesó ni tal interregno se acredita con la prueba testimonial, más aún cuando los testigos que dieron cuenta de una obra en Puente Aranda no lograron formar convencimiento del *a-quo*, en tanto refieren al año 2017 y los testigos no laboraban para la accionada en el periodo mencionado.

Así las cosas, entre el 14 de septiembre y el 1º de noviembre de 2018, se configuró entre las partes un contrato de trabajo, más aún cuando por pasiva no desvirtuó la subordinación, en tanto los testigos dieron cuenta que debían cumplir horario de trabajo, solicitar permiso para ausentarse y las herramientas eran suministradas por el empleador, quien además contrataba

a todas las personas que laboraban en la obra. Finalmente, por cuanto la actividad desplegada no podía enmarcarse bajo la modalidad de contratista independiente. En lo atinente al salario, estimó no acreditarse el monto alegado por activa, por lo cual acogió el mínimo legal mensual vigente.

Respecto de la indemnización moratoria, señaló que por pasiva no se acreditaron circunstancia de exoneración, pues solo alegó la manera de vinculación mediante contrato de prestación de servicios.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la demandada la apeló. Argumentó su alzada en que la condena devino únicamente de la prueba documental atinente a los aportes pensionales al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, mismos que solo eran un requisito exigido en el marco del contrato que la sociedad suscribiera con la UNIÓN TEMPORAL LA CEJA, siendo los mismos indispensables para que el demandante prestara servicios en la obra de La Ceja; de otra parte, que si se desvirtuó la subordinación, en tanto los testigos PILAR RODRIGUEZ y LUIS CARLOS DOMINGUEZ señalaron que podía el actor constituir cuadrillas y contratar personal para ejecutar la obra. Por lo tanto, la posibilidad de contratar a terceras personas, desvirtúa la existencia del contrato de trabajo.

En lo atinente a la indemnización moratoria, refiere que se presume la buena fe patronal, misma que además se corrobora con el contrato civil de obra que

suscribieron las partes. Máxime que el pago se pactó por metros línea o cuadrado instalado.

IV. CONSIDERACIONES:

4.1 Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes en la etapa de alegaciones.

4.2 Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, por metodología en la resolución del presente asunto y atendiendo el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, la Sala abordará los siguientes problemas jurídicos: (i) Auscultar si entre las partes medió un contrato de trabajo; y (ii) establecer si se debe revocar la condena por indemnización moratoria.

4.3 DE LA EXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL:

Previo a abordar lo del caso, sea lo primero indicar que el *a-quo* únicamente declaró la existencia del contrato de trabajo entre el 14 de septiembre y el 1º de noviembre del 2018, excluyendo así los periodos pretendidos entre el 15 de enero y el 13 de septiembre de 2018 así como el extremo final aducido del

6 de noviembre de 2018. De tal manera, que al no haberse recurrido en alzada por activa tal determinación, la Sala se centrará a los extremos laborales referidos en primera instancia, esto es, se reitera, entre el 14 de septiembre y el 1º de noviembre de 2018.

Ahora bien, es menester acotar que el artículo 22 del C.S.T. define el contrato de trabajo como aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. A su vez, el artículo 23 *ejusdem* determina los elementos del contrato de trabajo, ellos son la actividad personal, la continuada subordinación o cumplimiento de órdenes, y un salario como retribución del servicio.

Reunidos los citados elementos, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen. El artículo 24 del C.S.T. estipula la presunción legal de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.

Por ello la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha determinado que, al promotor del proceso le incumbe acreditar la prestación del servicio, para que se active la presunción de la citada norma, evento en el cual le corresponde al eventual empleador desvirtuar la carga probatoria que le asiste, según sentencias SL1389-2020, Radicación 73353 del 5 de mayo de 2020, SL1390 de 2020, Radicación No. 75795 del 5 de mayo de 2020,

SL2240-2022, Radicación No. 88672 del 28 de junio de 2022, SL2186-2022, Radicación No. 89890 del 29 de junio de 2022, SL2189-2022, Radicación No. 90418 del 29 de junio de 2022, entre otras.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1439-2021, Radicación No. 72624 del 14 de abril de 2021, en lo que atañe al elemento subordinante determinó como pilar fundamental de dicho elemento lo siguiente:

> *"**1.1. La subordinación: clave de bóveda en la determinación de una relación de trabajo subordinada***
>
> *"Bien tiene sentado la Corte que la subordinación es el elemento diferenciador entre una relación laboral y una civil o comercial (SL2885-2019). En efecto, tanto en contratos comerciales como en laborales, pueden estar presentes la prestación personal del servicio y la remuneración, por tanto, la dependencia es el factor que marca la diferencia entre uno y otro.*
>
> *"La subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, en los términos del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, «faculta a éste [sic] para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato».*
>
> *"La doctrina ha subrayado que la subordinación es la causa del contrato de trabajo, pues el empleador busca a través de este reservarse la facultad de dirigir y controlar la fuerza laboral, conforme sea necesario para el logro de sus objetivos empresariales. La jurisprudencia de esta Sala ha resaltado también como causa del contrato de trabajo la facultad del empleador de disponer de la capacidad de trabajo según sus*

necesidades organizativas. Por ejemplo, en la sentencia CSJ SL4479-2020 la Corte refirió:

"No debe olvidarse que una de las razones principales por las que los empleadores vinculan trabajadores a su servicio es para reservarse el derecho de controlar y dirigir la labor de sus empleados.

"A diferencia de otros contratos no laborales en los que el objeto es un resultado -entrega de un bien o un servicio- y, por tanto, se procura fijar las condiciones para el logro de esa meta, en el contrato de trabajo el empleador procura ejercer un control sobre la actividad del trabajador o sobre su comportamiento, para adecuarlo al logro de sus fines empresariales. Por este motivo, la ley lo autoriza para dirigir, vigilar y sancionar su conducta, mientras que, en los ordenamientos civiles o comerciales, la ley faculta a las partes con acciones o penalidades encaminadas a garantizar el cumplimiento del objeto contractual.

"De esta forma, la subordinación, elemento central del contrato de trabajo, recae sobre la actividad del trabajador como tal. Y tiene como contracara o reverso, el poder de dirección y control del empleador sobre ese comportamiento. Dicho de otro modo: poder de organización, dirección y control y deber de subordinarse son dos caras de una misma moneda. Por ello, examinar esas dos dimensiones de la relación jurídica para formarse una imagen completa de la realidad fáctica, puede arrojar bastante claridad en los casos ambiguos o de relaciones laborales encubiertas."

Bajo este escenario, debe señalarse en primera medida que no existe discusión frente a la prestación personal del servicio, pues la misma fue aceptada por el representante legal de la accionada, señor GREGORIO FLAUTERO VALENCIA, quien manifestó que en el año 2018 la sociedad accionada suscribió contrato de obra con la UNIÓN TEMPORAL PARQUE PRINCIPAL LA CEJA, y en la ejecución de dicho contrato el señor NEYID SKILL CUADROS URIBE (q.e.p.d.) prestó sus servicios, ello ante la petición del

referido señor, quien le informó no tener trabajo. Señaló que el 14 de septiembre de 2018 lo contrató estipulando precios unitarios sobre metros lineales y cuadrados de instalación de piedra.

Así las cosas, se advierte en primera medida que se acreditó plenamente la prestación personal del servicio, lo cual, de conformidad con lo regulado en el artículo 24 del C.S.T., implica la presunción que la misma estuvo regida por un contrato de trabajo, debiéndose por pasiva desvirtuarla.

Ahora bien, como primera medida debe señalarse que no le asiste razón a la parte recurrente, al señalar que el *a-quo* fundamentó la declaratoria de existencia del contrato de trabajo, única y exclusivamente en los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, ello en tanto también verificó un análisis de la prueba testimonial e interrogatorio de parte, recabados en el proceso.

Una vez determinado lo anterior, debe advertirse que se allegó el documento privado que refiere el representante legal suscribió con el señor NEYID SKILL CUADROS URIBE (q.e.p.d.), el cual consiste en un documento denominado *"precios contrato",* con valores de metro cuadrado y lineal, sin que establezca otra información sobre la manera de prestación del servicio que permitan avizorar si sería de manera autónoma o subordinada.

Se aportó además el contrato de "*suministro e instalación piedra muñeca*" suscrito entre MARMOLES Y PIEDRAS DEL NORTE S.A.S. y la UNION TEMPORAL PLAZA PRINCIPAL LA CEJA, de fecha 3 de septiembre de 2018.

El testigo VICENTE JOSE CAREY GALVAN, refirió que él como testigo no participó de la obra que se desarrolló en La Ceja en el año 2018, ello en tanto había prestado servicios hasta el año 2016, por lo cual no es dable conformar el convencimiento de sus dichos. El señor DANIEL DAVID MANCILLA CAREY, hermano de la demandante, aseveró que él como testigo laboró para la sociedad demandada, no obstante, también señaló haberse retirado para febrero de 2018, época anterior a los extremos laborales declarados por el *a-quo*.

La señora PILAR ROCÍO RODRÍGUEZ PATIÑO señaló tener vinculación laboral con la sociedad demandada como Coordinador de Recursos Humanos, y que conoció al señor NEYID SKILL CUADROS URIBE (q.e.p.d.) en tanto realizaba obras para la empresa, ello en calidad de contratista, debiendo afiliarlo al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por cuanto las empresas propietarias de la obra hacen tal exigencia a MÁRMOLES Y PIEDRAS DEL NORTE S.A.S. Confirmó que la contratación fue verbal, y se fijó unos precios por el representante legal y mediante documento. Relató que el horario de trabajo depende de la obra, y se manejan planillas de entrada y salida, así mismo cuando piden permiso los contratistas lo hacen directamente en la obra, y luego se comunicaba a la empresa demandada. Relata además que el

contratista tenía a su alcance subcontratar a las personas que realizarían la obra.

El señor LUIS CARLOS DOMINGUEZ ARIZA refiere que labora para la sociedad accionada, y que él como testigo también prestó servicios en la obra de La Ceja; asevera que con el señor NEYID SKILL CUADROS URIBE (q.e.p.d.) buscaban personas para realizar el trabajo, quienes eran afiliados al Sistema de Seguridad Social en Pensiones por MÁRMOLES Y PIEDRAS DEL NORTE S.A.S.; señaló que recibían órdenes por parte del representante legal de dicha sociedad y por los ingenieros de la obra. Aclara además que el horario era de 7:00 a.m. a 5:00 p.m., y que los permisos se solicitaban inicialmente a los ingenieros y luego con el representante legal de accionada. Señaló que los ingenieros de la obra realizaban recomendaciones cuando no estaban de acuerdo con algún aspecto de la obra y lo informaban al representante legal de la demandada.

Relata que la piedra era suministrada por MÁRMOLES Y PIEDRAS DEL NORTE S.A.S., y que el pago de la cuadrilla la solucionaban con los dineros que les pagaba la accionada.

El representante legal de la sociedad accionada narró que en efecto contrató al señor NEYID SKILL CUADROS URIBE (q.e.p.d.) para ejecutar la obra que trata el contrato que suscribió la empresa con la UNIÓN TEMPORAL PLAZA PRINCIPAL LA CEJA, atinente a la instalación de piedra; de igual manera refirió que el mencionado señor atravesaba por problemas de salud, por lo

que ante las necesidades de la obra le informó que debía culminar su prestación del servicio.

De otra parte, se aportó la historia laboral del accionante en PROTECCIÓN S.A., la cual refleja afiliación por parte de la demandada en calidad de trabajador, durante 5 días del mes de septiembre, 4 días del mes de octubre y 1 día del mes de noviembre del año 2018.

Del análisis conjunto de las pruebas antes esbozadas, estima la Sala que por pasiva no se desvirtuó la presunción de subordinación, ello por cuanto el testigo LUIS CARLOS DOMINGUEZ ARIZA, fue claro al referir que se emitían órdenes por el representante legal de la sociedad accionada y por los ingenieros de la obra, así como que se fijaba un horario de trabajo para la realización de las actividades y debían solicitar permiso para ausentarse, lo cual fue corroborado por la coordinadora de recursos humanos, quien señaló que el permiso se solicitaba inicialmente en la obra y posteriormente ante la empresa.

De otra parte, se advierte que el representante legal aseveró que decidió la terminación de la prestación del servicio dado el estado de salud del señor NEYID SKILL CUADROS URIBE (q.e.p.d.), lo cual no se acompasa con la alegada existencia de un contrato civil que puede ser ejecutado por terceras personas o delegado su cumplimiento. En efecto señaló:

> *"[…] en dos ocasiones que yo fui pues ya estaba muy enfermo, de hecho la misma ingeniería me comunicó que era necesario retirar a NEYIP de la obra, puesto que estaba dando un muy mal rendimiento y que pues se veía muy enfermo, que entonces lo mejor que podíamos hacer era retirarlo, yo hablé con él y al principio estuvo muy desacuerdo, porque estaba obligado a llevar plata a su casa, estaba obligado a llevar la manutención a su casa y me dijo que no podía, pero yo le dije que pues la salud era primero y que por favor no era algo que yo estaba diciendo sino que era algo que la obra estaba exigiendo, entonces que de todas maneras teníamos que retirarlo"*

Finalmente, la afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, si bien *per se* no acredita la existencia del contrato, si se constituye en un indicio que, al ser valorado con las anteriores pruebas, permiten concluir que le asistió razón al *a-quo* al declarar la existencia del mismo.

De tal manera, que al no haberse desvirtuado por pasiva la presunción consagrada en el artículo 24 del C.S.T. y, por el contrario, haberse acreditado la subordinación, la Sala confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

4.3 INDEMNINZACIÓN MORATORIA:

Tratándose de la indemnización moratoria, debe indicarse que con la finalidad de proteger los derechos de los trabajadores que se han visto afectados por el incumplimiento de las obligaciones legales a cargo de su empleador, la ley laboral ha previsto algunas consecuencias económicas tendientes a resarcir el menoscabo que esta conducta pudiese causar al

trabajador, incluyendo dentro de ellas, la indemnización por el no pago oportuno de las prestaciones causadas a la finalización del contrato consagrada en el artículo 65 del C.S.T.

No obstante lo anterior, precisa la Sala que la citada indemnización no opera de manera automática, ya que su imposición debe preceder del análisis de los elementos subjetivos que guiaron la conducta omisiva del empleador, que a pesar de que no sean correctos jurídicamente, puedan considerarse razonables, tal y como lo ha dicho nuestro máximo órgano de cierre, entre otras en sentencias, SL2958-2015, Radicación No. 4552 del 25 de febrero de 2015, SL8216-2016, Radicación No. 47048 del 18 de mayo de 2016, y más recientemente en la sentencia SL1682-2019, Radicación No. 40221 del 8 de mayo de 2019, SL1771-2021, Radicación No. 81466 del 12 de mayo de 2021, SL1229-2022, Radicación No. 85137 del 5 de abril de 2022, entre otras.

Ahora bien, en tratándose de contratos de prestación el órgano de cierre también ha expuesto que la simple suscripción de contratos de prestación de servicios no es suficiente para probar la buena del empleador, así lo ha sostenido en decisiones tales como la SL3068-2022, Radicación No. 81680 del 31 de agosto de 2022, SL3092-2022, Radicación No. 80668 del 31 de agosto de 2022, SL3171-2022, Radicación No. 85563 del 22 de agosto de 2022.

En el presente evento se tiene que al plenario solo se aportó un documento contentivo de precios fijados para la instalación, acreditándose *a contrario*

sensu de lo referido por la parte recurrente, que el actor recibía órdenes, cumplía horario de trabajo, debía pedir permiso para ausentarse e incluso se dispuso su retiro por su estado de salud, aspectos que en manera alguna se compaginan con la convicción de haber mediado entre las partes un contrato civil de obra, más aún cuando incluso se verificó afiliación al Sistema General de Seguridad Social en calidad de trabajador, motivo por el cual estima la Sala le asistió razón al *a-quo* al haber emitido condena por este aspecto.

Es así como la decisión de primera instancia habrá de confirmarse en su integridad. **COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandada toda vez que el recurso de alzada no gozó de prosperidad.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ,** administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 21 de septiembre de 2022 por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones vertidas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la demandada. Se fijan como agencias en derecho la suma de $1.000.000.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral : **1100131050 36 2019 00475 01**
Demandante: GLADYS STELLA LEÓN ROJAS
Demandado: COLPENSIONES
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

AUTO:

Se reconoce personería jurídica para actuar en representación de COLPENSIONES al abogado GEOVANNI ALEXIS GREGO CARDONA, identificado con cédula de ciudadanía 1.053.826.799 y T.P. 302.837 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 15 de noviembre de 2022 por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora GLADYS STELLA LEÓN ROJAS promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, a fin que se le condene al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir del 4 de octubre de 2014, el retroactivo

correspondiente, intereses moratorios, más lo que resulte probado de manera *ultra* y *extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que nació el 4 de octubre de 1959, así como que acreditaba más de 750 semanas cotizadas a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005.
Que nunca estuvo afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, siéndole negada su prestación por vejez por parte de COLPENSIONES mediante Resolución GNR 345828 del 21 de noviembre de 2016, bajo el entendido que había perdido el beneficio transicional por haberse trasladado en algún momento con destino al régimen privado.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contra, bajo el entendido que la aquí demandante no le asiste derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, toda vez que no acredita los lineamientos de la Ley 100 de 1993 ya que no ostenta 1300 semanas.

Formuló como medios exceptivos los denominados inexistencia del derecho y de la obligación, improcedencia de intereses moratorios, prescripción, buena fe y la innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá, luego de que asumiera el asunto proveniente del Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, profirió sentencia el 15 de noviembre de 2022 mediante la cual declaró probada la excepción de inexistencia del derecho y de la obligación. Por tal razón, absolvió a la demandada de las pretensiones formuladas en su contra.

Para arribar a dicha conclusión, indicó el *a-quo* en primer lugar que, en el transcurrir del proceso COLPENSIONES mediante Resolución SUB 26693 del 9 de febrero de 2021 le reconoció a la demandante pensión de vejez con fundamento en lo normado en la Ley 797 de 2003, contando para ese momento con 1.351 semanas, reconocimiento que se hizo efectivo a partir del 1º de febrero de 2021 en cuantía para dicha anualidad de $908.526, poniendo de presente que el análisis de su decisión gravitaría en torno si la actora era beneficiaria del régimen de transición.

Seguidamente, relató que contrario a uno de los argumentos de negación de la prestación de vejez por parte de COLPENSIONES mediante Resolución GNR 345828 del 21 de noviembre de 2016 atinente a que la demandante había tenido un traslado con destino al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, de las pruebas acreditadas no yace tal situación de traslado.

Que aclarado lo anterior, el operador de instancia concluyó que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición regulado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en tanto, a la entrada en vigencia de la mentada prerrogativa pensional, esto es, 1º de abril de 1993, no contaba con 35 años de edad como quiera que nació el 4 de octubre de 1959, así como que tan solo cotizó 93 semanas, sin que ostentara entonces ninguno de los dos requisitos que exige la norma protagonista en el *sub judice*, de allí que tampoco pudiera ser merecedora de preceptos normativos anteriores como lo es el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año.

Al unísono, relató que, en atención de lo anterior, al no cumplir con el requisito del régimen transicional, mucho menos se encontraba dentro de las excepciones que establecía el Acto Legislativo 01 de 2005, por lo que se abstuvo de realizar algún tipo de consideración sobre lo pertinente.

De otro lado, el *a-quo* se adentró a analizar si la prestación reconocida por COLPENSIONES mediante la Resolución SUB 26693 del 29 de febrero de 2021

se encontraba ajustada a derecho, pensión que le fue otorgada bajo la égida de la Ley 797 de 2003, concluyendo que lo allí reconocido se encontraba ajustado a los parámetros legales correspondientes, máxime si se tiene en cuenta que los aportes o IBC fueron inferiores a un S.M.L.M.V.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandante la apeló. Argumentó en su alzada ser merecedora de la pensión de vejez a la luz del Acuerdo 049 de 1990, como quiera que ostenta más de 750 semanas a la entrada del Acto Legislativo 01 de 2005, aspecto que fue desconocido por el fallador de instancia.

Por otra parte, expuso que si bien es cierto le fue reconocida pensión de vejez desde el 1º de febrero de 2021 en los términos de la Ley 797 de 2003, los requisitos pensionales los adquirió plenamente el 31 de enero de 2020, de allí que ante la negativa inicial de la prestación tuvo que continuar cotizando, por lo que el derecho pensional debe ser reconocido a partir del mes de febrero de la anualidad 2020, lo que incluye a su vez el pago de intereses moratorios.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales en legal forma y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, en atención del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, deberá auscultarse si la aquí demandante es beneficiaria del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ello con la finalidad de analizar su derecho pensional

bajo la égida del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad.

De no gozar de prosperidad el anterior planteamiento, se analizará si la pensión reconocida en el transcurrir del trámite procesal a la actora por parte de COLPENSIONES mediante Resolución SUB 26693 del 9 de febrero de 2021, específicamente en lo que concierne a la fecha de disfrute se ajusta a derecho, al igual que de estudiará la procedencia o no de los intereses moratorios dispuestos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

c. Del caso en concreto:

Para el análisis de los problemas jurídicos expuestos en precedencia, es menester que la Sala ponga de presente que no fue objeto de reproche que a la aquí demandante señora GLADYS STELLA LEÓN ROJAS mediante Resoluciones GNR 160407 del 25 de mayo de 2015 y GNR 345805 del 21 de noviembre de 2016, no se le reconoció derecho pensional alguno por cuanto no acreditó la densidad de semanas necesarias para lo pertinente, sin que tampoco ostentara requisitos para ser beneficiaria del régimen de transición dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (Fls. 16 a 19 – PDF 01 EXPEDIENTE FÍSICO y CARPETA 02 – EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO).

Tampoco el hecho que en el transcurrir del trámite procesal, COLPENSIONES mediante Resolución SUB 29693 del 9 de febrero de 2021 reconoció al demandante pensión de vejez al haber ostentado los requisitos contemplados en la Ley 797 de 2003, derecho que se otorgó a partir del 1º de febrero de 2021 en cuantía inicial de $908.526 (PDF 07).

d. Del régimen de transición y la pensión de vejez a la luz del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990:

Pretende la parte demandante, le sea reconocida la pensión de vejez en los términos regulados en el Decreto 758 de 1990, por ser beneficiario del

régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, al argüir que ostenta más de 750 semanas a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005.

Ahora bien, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, establece que la edad para acceder a la pensión de vejez continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres hasta el año 2014, fecha en la cual se incrementará en dos años para cada uno de los géneros referidos. Frente al tema específico de la transición, dicha disposición establece que, para acceder a regímenes anteriores, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 debían acreditar alguno de los dos requisitos a saber:

(i) mujeres treinta y cinco (35) años y los hombres cuarenta (40) años, o;
(ii) quince (15) años de servicios.

Estos requisitos, fueron controlados por el Acto Legislativo 01 de 2005, el cual en su Parágrafo Transitorio 4º, consagró que el régimen de transición no podía extenderse más allá del 31 de julio de 2010, excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen tuviesen cotizadas 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia de dicho Acto Legislativo, es decir para el 29 de julio de 2005, a los cuales se les mantendría la transitoriedad hasta el 31 de diciembre de 2014.

Así las cosas, es palmario que las personas que quisieran ostentar el régimen de transición con el fin de acceder a prerrogativas anteriores a la Ley 100 de 1993, como lo es el caso del Decreto 758 de 1990, era menester que acreditaran los requisitos hasta el 31 de julio de 2010, o para el 31 de diciembre de 2014, siempre y cuando en ese evento tuviesen 750 semanas de cotización al 29 de julio de 2005.

En tal sentido, al tenor literal de las prerrogativas pensionales expuestas en precedencia, se tiene que según se acredita del reporte de semanas cotizados

por la señora GLADYS STELLA LEÓN ROJAS durante toda su vida laboral anteriores al reconocimiento de la prestación, ostentó un total de 1.351 semanas comprendidas entre el 28 de mayo de 1980 y el 31 de enero de 2021.

Ahora bien, en lo que atañe al requisito transicional del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 frente al especialísimo asunto de la demandante, según se denota de la copia de su cédula de ciudadanía, nació el 4 de octubre de 1959, por lo que a la entrada en vigencia de la mentada ley que lo fue l 1º de abril de 1994, contaba con 34 años, no siendo entonces beneficiaria de esta prerrogativa en lo que atañe a su edad.

Ahora, frente al segundo requisito, es decir, los 15 años de servicios, tampoco logró ser beneficiaria de tal prerrogativa, bajo el entendido que la demandante con anterioridad al 1º de abril de 1994 efectuó cotizaciones durante el periodo comprendido entre el 28 de mayo de 1980 y el 31 de marzo de 1994 un total de tan solo 651 días, equivalentes a 93.09 semanas.

Por tal razón, como lo puntualizó el *a-quo*, no hay lugar a que la demandante sea beneficiaria de normativas anteriores a la Ley 100 de 1993, como es el caso del Decreto 758 de 1990 deprecado para reconocimiento por la actora, como quiera que si bien el legislador con posterioridad dispuso una ampliación del régimen de transición a través del Acto Legislativo 01 de 2005 que empezara a regir a partir del 29 de julio de esa misma anualidad, lo cierto es que tal ampliación se daría siempre y cuando el régimen transicional se obtuviera precisamente a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, situación que como ya se expuso, no fue adquirida por la demandante al no acreditar edad, ni tiempo de servicio; circunstancia por la cual, no puede pretender la demandante que por el simple hecho de ostentar 750 semanas al 29 de julio de 2005, pueda desecharse los requisitos iniciales y esenciales dispuestos en el artículo 36 de la Ley 100, situaciones todas que conllevan a su vez a que la decisión de primer grado sea confirmada sobre este puntualísimo aspecto.

e. De la fecha de disfrute del reconocimiento pensional:

Se queja la demandante en su alzada por el hecho que, si bien le fue reconocida pensión de vejez desde el 1º de febrero de 2021 en los términos de la Ley 797 de 2003, los requisitos pensionales los adquirió plenamente el 31 de enero de 2020, de allí que ante la negativa inicial de la prestación tuvo que continuar cotizando, por lo que el derecho pensional debe ser reconocido a partir del mes de febrero de la anualidad 2020, lo que incluye a su vez el pago de intereses moratorios.

Su petición no goza de asidero, pues como se expuso en precedencia, a la demandante le fue reconocida pensión de vejez a partir del 1º de febrero de 2021, lo que significa que para efectos de computar el monto de su mesada pensional le fueron tenidos en cuenta la totalidad de aportes realizados al sistema y que se llevaron a cabo hasta el mes de enero de la anualidad 2021, de allí que fuese reconocida la prestación al mes siguiente de la última cotización, aspecto que por demás se encuentra acorde con lo preceptuado en el artículo 13 del Decreto 758 de 1990, pues con relación a la jurisprudencia emanada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, puede inclusive entenderse como un retiro tácito.

También debe tenerse en cuenta que la demandante continuó con su vida laboral con posterioridad al cumplimiento de la edad mínima de pensión que lo fue a los 55 años, lo que repercutió para que la prestación se hubiese podido reconocer con un porcentaje del 65%, con la repercusión en el IBL atendiendo la forma de realizarse según el condicionamiento del artículo 21 de la Ley 100 de 1993, aspectos por los que no hay lugar a modificar la fecha de disfrute que efectuara COLPENSIONES en la Resolución SUB 29693 del 9 de febrero de 2021, como tampoco la decisión adoptada por el *a*-quo, ni mucho menos imponer condena a razón de intereses moratorios, lo que conlleva a que la sentencia de primera instancia sea confirmada en su integridad.

COSTAS en esta instancia a cargo de la demandante al no gozar con vocación de prosperidad su recurso de alzada.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA TERCERA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.,** administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el el 15 de noviembre de 2022 por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante. Se fija como agencias en derecho la suma de $400.000.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **36 2019 00655 01**
Demandante:	PABLO YILTON FAJARDO VELASCO
Demandado:	EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ – ESP
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, en contra de la sentencia proferida el 2 de septiembre de 2022 por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor PABLO YILTON FAJARDO VELASCO promovió demanda ordinaria laboral en contra de la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ – ESP, a fin de declararse que con la encartada existe una relación laboral desde el 1º de noviembre de 2013 hasta la actualidad, de manera continua e ininterrumpida desempeñando el cargo de Fontanero.

Por consiguiente, se le condene a la pasiva al reconocimiento y pago de prima de servicios desde el 1º de junio hasta el 31 de diciembre de 2018, prima

semestral extralegal de los años 2015, 2016, 2017, 2018 y 2019, bonificación por productividad de los años 2018 y 2019, prima de diciembre o navidad de los años 2015, 2016, 2017 y 2018, indexación, lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita* y costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que fue contratado por la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ – ESP a través de contrato de trabajo a término fijo desde el 1º de noviembre de 2013, el cual se prorrogó mediante diferentes contratos de trabajo, desempeñando el cargo de Fontanero con una retribución salarial mensual de $2.012.900.

Que el 27 de junio de 2014 realizaba sus actividades laborales cuando sufrió un accidente de tránsito el cual fue considerado de índole laboral, teniendo como patologías las denominadas *trauma craneoencefálico + trauma a nivel dorsal*, lo que conllevó a que estuviese incapacitado por el periodo comprendido entre el 27 de junio de 2014 y el 30 de septiembre de 2018 y, a razón de dichas incapacidades, la encartada finalizó su contrato de trabajo sin justa causa el 31 de diciembre de 2014.

Seguidamente, relató que, a razón de lo anterior, tuvo que interponer acción constitucional de tutela que le correspondió por reparto al Juzgado Tercero Civil Municipal de Bogotá, quien amparó sus derechos fundamentales y ordenó el correspondiente reintegro.

Expuso que, durante el tiempo de incapacidad la ARL POSITIVA le efectuó una cirugía, terapia y tratamientos; sin embargo, quedó con secuelas, así como que el 7 de julio de 2017 la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ realizó dictamen y calificó lo sucedido como un accidente de trabajo,

siendo emitida el 18 de febrero de 2019 calificación de su pérdida de capacidad laboral en un porcentaje del 33.50%.

Que en el mes de febrero de 2019, interpuso recurso de reposición ante la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ con la finalidad de obtener una calificación integral.

Asimismo, relató que en el mes de noviembre de 2013 se afilió a la organización sindical SINTRAEMSDES, con quien la encartada suscribió convención colectiva de trabajo el 24 de noviembre de 2015, de allí que sea beneficiario de las prerrogativas convencionales y demás derechos perseguidos en el *petitum*.

Que ante la falta de pago por parte de la pasiva de sus derechos laborales, fue por lo que interpuso acción constitucional de tutela que le correspondiera por reparto el Juzgado Cuarenta y Seis Penal Municipal con Función de Control de Garantías, quien decidió que tal discusión debía dirimirse ante las vías ordinarias legales, por lo que no amparó derecho fundamental alguno.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ – ESP contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contra, argumentando para el efecto que el demandante ostenta la calidad de trabajador oficial a través de contrato de trabajo a término fijo que se suscribiera a partir del 1º de noviembre de 2013, el cual se ha venido prorrogando en reiteradas oportunidades.

Asimismo, sostuvo que cuando el trabajador oficial no presta efectivamente los servicios por incapacidad, el contrato de trabajo se suspende de conformidad con lo estatuido en el artículo 2.2.30.6.8. del Decreto 1083 de

2015, compilatorio del Decreto 2127 de 1945; circunstancia por la cual, en virtud de que el actor estuvo incapacitado por el periodo comprendido entre el 4 de julio de 2014 y el 30 de septiembre de 2018, se entiende que durante este interregno el contrato de trabajo estuvo suspendido, sin poderse generar a su favor concepto de sueldos o prestaciones legales y extralegales, máxime si se tiene en cuenta que los pagos realizados al demandante son los correspondientes a las incapacidades certificadas y pagadas por la ARL POSITIVA con ocasión del accidente de trabajo que sufrió el 27 de junio de 2014.

Formuló como medios exceptivos los denominados cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación y buena fe.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 2 de septiembre de 2022 declaró que entre el demandante señor PABLO YILTON FAJARDO VELASCO y la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ – ESP existe un contrato de trabajo a término fijo con fecha de iniciación el 1º de noviembre de 2013, el cual se ha venido prorrogando hasta la fecha de la decisión.

Por consiguiente, condenó a la encartada pagar a favor del actor la prima semestral convencional para los años 2015 a 2018 de la siguiente manera:

_ 2015 $1.632.488.
_ 2016 $1.767.502.
_ 2017 $1.908.907.
_ 2018 $2.050.169.

Igualmente, condenó al pago de la prima de diciembre o de navidad convencional para los años 2015 a 2017:

_ 2015 $1.484.080.
_ 2016 $1.606.820.
_ 2017 $1.735.370.

Asimismo, al pago de vacaciones entre noviembre de 2015 y el mes de noviembre de 2016 en la suma de $742.040, así como el periodo comprendido entre el mes de noviembre de 2016 y el mes de noviembre de 2017 en valor de $803.410.

En últimas, condenó a la encartada al pago de costas procesales en la suma de $1.000.000, absolviéndola de las demás pretensiones formuladas en su contra.

Para arribar a dicha conclusión, la *a-quo* en primer lugar definió a la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ – ESP como una de índole Industrial y Comercial del Estado del Orden Distrital, prestadora de servicios públicos domiciliarios, dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente. A su vez, refirió no existir discusión de que el aquí demandante ostenta la calidad de trabajador oficial según se acredita con el contrato de trabajo que unió a las partes y de la naturaleza jurídica de la pasiva ante las labores desarrolladas por ésta de conformidad con las reglas descritas en el artículo 5º del Decreto 3145 de 1968, en concordancia con el artículo 59 de la convención colectiva de trabajo celebrado entre la encartada y la organización sindical SINTRAEMSDES con vigencia 2015-2019.

Que tampoco existió controversia que entre el demandante y la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ – ESP existió un contrato de trabajo a término fijo el cual inició el 1º de noviembre de 2013 y que se

encuentra vigente, así como que el salario del actor para la anualidad de 2013 ascendía a la suma de $1.332.100, año 2014 $1.405.000, año 2015 $1.484.080, año 2016 $1.606.820, año 2017 $1.735.370, año 2018 $1.863.790, año 2019 $2.012.900 y año 2020 $1.273.940, al igual que yace documental que demuestra que el actor se encuentra afiliado a la organización sindical SINTRAEMSDES, siendo beneficiario de la convención colectiva de trabajo con vigencia 2015-2019, sin que tampoco exista controversia sobre la formulación de las incapacidades al demandante por un término superior a 180 días.

En tal sentido, la operadora de instancia adujo que en lo concerniente a la suspensión del contrato de trabajo del actor, en tratándose de trabajadores oficiales, los mismos no se rigen por las normas contenidas en el C.S.T., sino que debe aplicárseles normas especiales tales como la Ley 6ª de 1945, Decreto 2127 de 1945 y demás escenarios, por lo que, desde un inicio el artículo 44 del mentado Decreto 2127 de 1945 a partir de su redacción original, estipuló las causales de suspensión del contrato de trabajo, y entre las mismas consagró en su numeral 7º la forma de suspensión; sin embargo, dicho numeral fue derogado mediante el artículo 6º del Decreto 2541 de 1945.

No obstante, el Gobierno Nacional el 26 de mayo de 2015 expidió el Decreto 1083 de 2015, entendido como un decreto meramente compilatorio, por ende, el mismo debe supeditarse a reproducir lo dispuesto en el artículo 44 del Decreto 2127 de 1945. A pesar de ello, al leerse el artículo 2.2.3.6.8., en su numeral 7º se establece como una causal de suspensión por incapacidad por enfermedad, por lo que es claro existir un error en la compilación de la norma, como quiera que el numeral 7º del artículo 44 del Decreto 2127 de 1945 se encontraba derogado para la fecha de la compilación, y no existe ninguna disposición normativa posterior que en efecto previera la adición, corrección o modificación de tal articulado en el referido decreto compilatorio, siendo ello así que valga la pena destacar que en ese decreto compilatorio no se establece la pérdida de vigencia del decreto que compilan, esto es, el Decreto 2127 de

1945 y, bajo tal égida, debe considerarse que una de las reglas que emanan del principio protector del trabajo es el principio de favorabilidad.

Ello bajo el escenario que cuando existen dos normas aplicables a un mismo caso en materia laboral se debe dar aplicación a aquella que resulte más favorable al trabajador, por lo que la norma que debió aplicarse fue el artículo 44 del Decreto 2127 de 1945, con la derogatoria del numeral 7º dispuesta en el artículo 6º del Decreto 2541 de 1945, destacando además la *a-quo*, que aun cuando no se apelara a esta regla, en igual sentido el principio de *indubio pro operario* impone que en caso de dudas sobre la interpretación de una norma debe aplicarse aquella que favorezca al trabajador, luego, al existir una clara contradicción entre el referido decreto meramente compilatorio y la norma original, palmario resulta que debió haberse dado prevalencia a aquella interpretación que fuese más favorable al trabajador, máxime cuando dicho entendido se ausculta razonable y responde a los criterios de igualdad material de los trabajadores del sector privado para quienes es claro que la incapacidad no suspende el contrato de trabajo como así lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia de vieja data.

Que si en gracia de discusión el decreto aludido por la pasiva tenía como potestad de modificar el contenido original del artículo 44 del Decreto 2127 de 1945, lo cierto es que incluso la interpretación de la encartada se dio de manera errada, pues tal disposición alude que la suspensión solo podrá ser máximo por 120 días (decreto compilatorio), cuando en el caso del promotor de este juicio su incapacidad supera los 120 días, dado que los primeros 120 días culminaron en el mes de marzo de 2015 y la mayoría de acreencias laborales aquí reclamadas son posteriores a dicha calenda.

Por ende, concluyó no encontrarse en juicio sustento tanto normativo como jurisprudencial para que la encartada hubiese suspendido el contrato de trabajo del demandante durante los periodos de incapacidad, pues es patente

que su decisión no goza de respaldo normativo en la medida que el artículo 44 del Decreto 2127 de 1945 fue derogado, y el decreto compilatorio no tiene la facultad ni alcances necesarios para revivir una norma que ya había desaparecido del ordenamiento jurídico, e incluso modificar su contenido, más aún si el Órgano de cierre estableció que la incapacidad no puede ser considerada como una causal de suspensión del contrato de trabajo, de allí que resulte de asidero fulminar condena.

Seguidamente, adujo que en tratándose de prima de servicios, la única norma que prevé la prima de servicios de carácter legal es el Decreto 2351 de 2014; no obstante, tal prerrogativa únicamente aplica a aquellos que laboren en las entidades del sector central y descentralizado de la rama ejecutiva del orden territorial, asambleas departamentales, concejos departamentales y municipales, contralorías, personerías distritales y municipales y el personal administrativo del sector educación, pero no a los trabajadores de las empresas industriales y comerciales del Estado como es el caso de la aquí demandada, lo que conlleva a que dicho rubro no cuente con respaldo normativo.

Respecto de la bonificación por productividad perseguida durante los años 2018 y 2019, refirió que de conformidad con el artículo 105 de la convención colectiva de trabajo, al no alcanzar la empresa el 100% del valor facturado correspondiente a los ingresos operacionales reportados, es por lo que no hay lugar a fulminar condena sobre este concepto, máxime si el demandante no probó lo de su cargo.

En lo que atañe a la prima semestral extralegal pretendida desde el año 2015 hasta el 2019, teniendo en cuenta el artículo 92 de la convención colectiva de trabajo, concluyó que el actor es merecedor de la acreencia de carácter convencional, pero advirtiendo que dentro de las probanzas allegadas reposa

el pago de este rubro sobre la anualidad 2019, por lo que fulminó de este tópico frente a los años 2015 a 2018.

Frente a la prima de diciembre o navidad también de carácter extralegal perseguida para las anualidades 2015 a 2019, expuso que la misma se encuentra regulada en los artículos 94 y 95 de la convención colectiva de trabajo, concluyendo que el actor es merecedor de la misma, pero poniendo de presente que está probado el pago de este emolumento para los años 2018 y 2019, por lo que dispuso fulminar condena para los años 2015 al 2017.

Igualmente, sobre la condena de vacaciones para las anualidades para los años 2015 a 2018, arguyó que el literal e) del artículo 12 de la Ley 6ª de 1945, establece que las vacaciones para los trabajadores oficiales corresponden a 15 días de descanso por cada año laborado, por lo que procede el pago, pero únicamente de las vacaciones del noviembre de 2015 a noviembre de 2016 y de noviembre de 2016 a noviembre de 2017, condenando así a la pasiva por estos periodos.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandada la apeló. Argumentó en su alzada no encontrarse de acuerdo de la nueva aplicación del Decreto 1083 de 2015, más exactamente lo consagrado en el artículo 2.2.30.6.8 del Decreto 1083 de 2015, donde se señalara claramente ser una causal de suspensión del contrato de trabajo de los trabajadores oficiales la licencia por enfermedad, pues independientemente la norma señale que dicha suspensión puede hacerse hasta por 120 días, la consecuencia de que la incapacidad haya sido superior a dicho interregno no implica que el contrato de trabajo inicialmente no estuviese suspendido y, por ende, deban realizarse los pagos ordenados por la falladora de instancia. Que por principio de legalidad el decreto en comento goza de plena vigencia dentro del ordenamiento jurídico.

Señaló que, con relación a las condenas impuestas de carácter extralegal, claro es el texto convencional en señalar que las prerrogativas convencionales se pagarán a quienes hayan laborado durante determinados periodos, sin que el demandante hubiese acreditado el tiempo de labores requerido.

Tampoco el actor es merecedor del pago de vacaciones en la medida que el contrato de trabajo del actor se encontraba suspendido, aspectos todos por los que la sentencia de primera instancia deberá revocarse en su integridad.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes en la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales en legal forma y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, atendiendo los puntos de discrepancia realizados por la encartada en el recurso de alzada y por metodología en su resolución, la Sala deberá auscultar como problema jurídico principal si la suspensión del contrato de trabajo que realizara la empleadora EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ – ESP gozaba de efectos legales o, si por el contrario, a la luz de la legalidad y la jurisprudencia tal suspensión no fue acorde con los preceptos normativos existentes.

Determinado lo anterior, este cuerpo Colegiado deberá adentrarse a establecer si es procedente el reconocimiento y pago de las pretensiones de carácter condenatorio determinadas por la falladora de instancia, más exactamente lo que gravita en torno a las primas semestrales extralegales para las anualidades

2015 a 2018, el pago de las primas extralegales de diciembre o navidad de los años 2015 a 2017, así como el pago de las vacaciones de carácter legal.

c. Del caso en concreto:

Previo a abordar los planteamientos jurídicos esbozados en precedencia, es pertinente resaltar que no fue objeto de reproche los siguientes aspectos:

_ Que entre el demandante señor PABLO YILTON FAJARDO VELASCO y la demandada EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ – ESP existió un contrato de trabajo a término fijo a partir del 1º de noviembre de 2013, el cual para la fecha de la sentencia de primera instancia se encontraba vigente, donde el demandante ha desempeñado en todo momento el cargo de Fontanero, vínculo contractual que por demás se ha venido prorrogando en el tiempo sin solución de continuidad como dan cuenta el contrato de trabajo primigenio, los diferentes Otrosí de prórrogas sobre el mismo y la sentencia de tutela con radicación No. 2015-00120 proferida por el Juzgado Tercero Civil Municipal de Bogotá el 24 de febrero de 2015 que dispuso el reintegro del trabajador bajo la égida de estabilidad laboral reforzada en atención de la finalización del plazo pactado de la modalidad contractual que decretara la encartada a través del documento denominado memorando interno No. 1421001-2014-3995 del 19 de noviembre de 2014 (Fls. 24 a 26, 28, 29, 30 a 31, 32, 33 a 51, 214, 468 a 470, 475 a 478, 479, 480, 481, 482, 483, 484, 485, 486 y 488 – PDF 01 EXPEDIENTE DIGITALIZADO).

_ Que entre la demandada EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ – ESP y la organización sindical SINTRAEMSDES suscribieron convención colectiva de trabajo con vigencia 2015-2019, la cual por demás yace dentro del plenario con su respectiva constancia de depósito en los términos dispuestos en el artículo 469 del C.S.T., adicional a que de la misma el aquí demandante es beneficiario como da cuenta la certificación expedida el

5 de agosto de 2015 por la referida organización (Fls. 220 a 434, 214 y 502 – PDF 01 EXPEDIENTE DIGITALIZADO).

_ Que el demandante en el transcurrir del vínculo laboral ha generado incapacidades por un término superior a 180 días como da cuenta la certificación que expidiera FAMISANAR EPS, y que se generaran desde el año 2014 hasta el 30 de septiembre de 2018 (PDF 08 RESPUESTA FAMISANAR).

_ Que el demandante retomó sus funciones a partir del 1º de octubre de 2018 ante la no prórroga de sus incapacidades como lo certificó la misma encartada en documental fechada el 7 de marzo de 2022 y que fuese aportada en el transcurrir del trámite procesal como consecuencia del requerimiento oficioso que le efectuase la *a-quo*, existiendo incapacidades posteriores a dicha reincorporación (PDF 08 RESPUESTA FAMISANAR y fl. 3 PDF PRUEBA EMPRESA ACUEDUCTO).

d. De la naturaleza jurídica de la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ – ESP y la calidad de trabajador oficial del demandante:

El Decreto Distrital 569 del 19 de septiembre de 1994, determina que la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ – ESP es una Empresa Industrial y Comercial de Servicios Públicos del orden Distrital, adicional a que, el Acuerdo 06 de 1995 en su artículo 1º la regula como una Empresa Industrial y Comercial del Distrito, prestadora de servicios públicos domiciliarios, dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente.

Lo anterior, se acompasa con la calidad de trabajador oficial del aquí demandante que se denota desde la suscripción por las partes del contrato de trabajo No. 38617 del 1º de noviembre de 2013 que da cuenta tal calidad, en

concordancia con las actividades y funciones desarrolladas por la encartada contenidas en el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, que regula:

> *"**ARTÍCULO 5. Empleados Públicos y Trabajadores Oficiales.** Las personas que prestan sus servicios en los Ministerios; Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales.*
>
> ***En los estatutos de los Establecimientos Públicos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo.***
>
> *Las personas que prestan sus servicios en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado son trabajadores oficiales; **sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos. Subrayado declarado exequible**."*

En igual sentido, en el artículo 59 de la convención colectiva de trabajo con vigencia 2015-2019, se determinó:

> *"**ARTÍCULO 59. TRABAJADORES OFICIALES:** Todos los trabajadores al servicio de la EAB-ESP, tienen el carácter de trabajadores oficiales, cuya vinculación a la misma se regirá mediante contrato de trabajo para todos los efectos que señale la ley. Se exceptúan de lo anterior el Gerente General, los Gerentes de Área, el Secretario General, los Directores, quienes son Empleados Públicos. (Artículo 76 – Convención 2012-2014) (Acordado CCT 2004-2007 art. 6 y CCT 2008-2011 art. 61)."*

Así las cosas, como lo determinó la operadora de instancia, palmario resulta que el demandante en todo momento ha sido trabajador oficial, tópico que a su vez conlleva a que la Sala se pueda adentrar al estudio de lo pretendido de conformidad con lo preceptuado en el artículo 3º del C.S.T.

e. De la suspensión del contrato de trabajo del aquí demandante:

La queja expuesta en el recurso de alzada por la parte demandada, gravita en torno a que a que la suspensión dada al demandante de su contrato de trabajo se ajusta a los parámetros legales en la medida que ante las incapacidades que le fueron otorgadas, esa situación normativamente se encuentra resguardada en el artículo 2.2.30.6.8. del Decreto 1083 de 2015 *"Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública"*, que a la postre reza:

> *"**ARTÍCULO 2.2.30.6.8 Suspensión del contrato de trabajo.** El contrato de trabajo se suspende:*
>
> *1. Por fuerza mayor o caso fortuito no imputable al empleador, cuando traiga como consecuencia necesaria, inmediata y directa, la suspensión del trabajo.*
>
> *2. Por la muerte del empleador, o su incapacidad comprobada, cuando traigan como consecuencia necesaria, inmediata y directa, la suspensión temporal del trabajo.*
>
> *3. Por suspensión de actividades o clausura temporal de la empresa, establecimiento o negocio, en todo o en parte, por razones técnicas o económicas, en cuanto no se afecten los derechos emanados de contratos a término fijo, siempre que se avise a los trabajadores la fecha precisa de la suspensión o clausura, con antelación no inferior a un mes, mediante carteles fijados en dos sitios visibles del lugar del trabajo, o que se les paguen los salarios de un mes y siempre que además, la reanudación de las labores suspendidas se efectúe, con sustitución de empleador o sin ella, dentro de los ciento veinte días siguientes.*
>
> *4. Por licencia o permiso temporal concedido por el empleador al trabajador, o por suspensión disciplinaria.*
>
> *5. Por ser llamado el trabajador a prestar en filas su servicio militar obligatorio.*
>
> *6. Por detención preventiva del trabajador, seguida de sentencia absolutoria, o por arrestos correccionales que no excedan de ocho días y cuya causa no justifique la extinción del contrato de trabajo.*
>
> ***7. Por incapacidad por enfermedad. La suspensión en estos casos podrá ser hasta por ciento veinte días.***

8. Por huelga lícita declarada con sujeción a las normas de la ley. (Decreto 2127 de 1945, art. 44)".

Pues bien, analizada la norma en comento, para el especialísimo caso del demandante, la suspensión del vínculo contractual se argumentó bajo la égida de la causal 7ª del mentado Decreto, esto es, al presentarse una incapacidad por enfermedad, caso para el cual arguye el precepto normativo que la suspensión podrá ser hasta por 120 días.

En tal sentido, no puede perderse de vista que el artículo 2.2.30.6.8. del Decreto 1083 de 2015 es una compilación de disposiciones normativas preceptuadas con anterioridad, que para el caso que nos ocupa gravitan en torno a las causales de suspensión expuestas en el Decreto 2127 de 1945 (asunto aplicable a trabajadores oficiales – *Por el cual se reglamenta la Ley 6ª de 1945, en lo relativo al contrato individual de trabajo, en general).*

Bajo este entendimiento y, como lo consignó la *a-quo*, en tratándose de la causal de suspensión endilgada por la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ – ESP atinente a la mengua en su salud, el artículo 44 del mentado Decreto 2127 de 1945 fue el que inicialmente reguló en su numeral 7º la causal atinente a *"Por contraer el trabajador una enfermedad contagiosa que obligue a su aislamiento o por padecer una enfermedad crónica que lo incapacite durante más de treinta días en un trimestre. La suspensión en estos casos podrá ser hasta por ciento veinte días;"*.

A pesar de lo anterior la causal objeto de reproche dispuesta en disposición del Decreto 2127 de 1945, fue derogada por el artículo 6º del Decreto 2541 de 1945 *"Por el cual se modifica el Decreto número 2127 de 1945, sobre contrato individual de trabajo, y se amplía el plazo para la presentación de los reglamentos internos"*, donde se dispuso:

*"**Artículo 6°** Derogase el ordinal 7° del artículo 44 del decreto número 2127 de 1945."*

Por tal razón, al ser el Decreto 1083 de 2015 una disposición de carácter compilatorio, el mismo tan solo representa normas que lo preceden donde ya se encuentran definidos aspectos de aplicabilidad, incluyendo las derogaciones de antaño como es el caso de derogatoria ocasionada a la causal 7ª del artículo 2127 de 1945 a través del artículo 6º del Decreto 2541 de 1945.

Al unísono, palmario resulta entonces que si bien el artículo 2.2.30.6.8. del Decreto 1083 de 2015, en su numeral 7º determina como causal de suspensión del contrato de trabajo una incapacidad por enfermedad, no yace dentro del ordenamiento jurídico con posterioridad al artículo 6º del Decreto 2541 de 1945 otra disposición normativa que incluyera nuevamente la causal derogada, iterándose que el mencionado Decreto 1083 de 2015 versa únicamente a un aspecto compilatorio de preceptos normativos, de ahí que no pueda entenderse como un decreto que establezca la pérdida del decreto objeto de compilación como es el Decreto 2127 de 1945.

En este punto, es menester poner de presente que la Corte Constitucional en lo que concierne a las facultades de compilación por parte del ejecutivo, ha establecido en sentencia C-839 de 2008 que:

"Quien compila, ha dicho la Corte "limita su actividad a la reunión o agregación de normas o estatutos dentro de un criterio de selección que incide en la compilación misma, sin trascendencia al ordenamiento jurídico en cuanto tal. La función compiladora se encuentra limitada por las normas objeto de ella, de tal manera que el compilador no las puede modificar o sustituir, ni tiene la posibilidad de retirar o excluir disposiciones del sistema jurídico, así se las estime innecesarias, superfluas o repetidas y, claro está, tampoco le es atribuida la función, típicamente legislativa, de reordenar, con efectos obligatorios erga omnes el articulado de un conjunto normativo".[5]

Es una facultad que "no puede conllevar la expedición de un nuevo texto jurídico con una numeración y una titulación propia e independiente, pues ello, de conformidad con lo expuesto, equivale a expedir un código",[6] ya que la compilación "en nada debe alterar la naturaleza misma de las normas agrupadas".[7]

La jurisprudencia ha concluido entonces sobre los alcances de esta diferenciación entre codificación y compilación en casos concretos, lo siguiente: (i) si "para efectos de expedir un estatuto o una recopilación se concede al Ejecutivo facultades generales para eliminar normas repetidas o superfluas, se supera el estadio de los estatutos o de las recopilaciones y se ingresa al de los códigos"[8]. (ii) La facultad de compilar "no puede conllevar la expedición de un nuevo texto jurídico con una numeración y una titulación propia e independiente pues ello equivale a expedir un código".[9]

3.3. La norma acusada aparentemente respetaría el ámbito propio de una simple autorización para compilar, en cuanto la habilitación está limitada de manera explícita por la prohibición de modificar la redacción y contenido de los preceptos compilados. Sin embargo, el punto central de la discusión se traslada en esta ocasión al mecanismo a través del cual se confieren esas autorizaciones – sin que medien facultades extraordinarias -, lo cual repercute inevitablemente en la jerarquía y naturaleza del acto compilatorio, y en los disturbios que esto conlleva en el orden jurídico.

Al respecto, debe precisar la Sala que los desarrollos jurisprudenciales orientados a deslindar la labor codificadora de la simplemente compiladora se han construido fundamentalmente a propósito del control de constitucionalidad de normas que conferían facultades extraordinarias al gobierno para el efecto, y con el fin de establecer eventuales trasgresiones a la prohibición del inciso tercero del numeral 10 del artículo 150 de la Constitución, conforme al cual no le está permitido al Congreso otorgar facultades extraordinarias al Gobierno para la expedición de códigos. Lo que implica que se trataba de compilaciones a través de normas con fuerza de ley." (Subrayado por la Sala).

Y en gracia de discusión, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, de antaño dentro de la sentencia con Radicación No. 11-03-1949 del 11 de marzo de 1949 al realizar un análisis de la causal 7ª del Decreto 2127 de 1945 arguyó:

> *"Ciertamente el mencionado artículo 44 no señala como causal de suspensión del contrato la enfermedad del asalariado; porque el numeral 7° que contemplaba el caso de que el trabajador sufriese enfermedad contagiosa o crónica que lo incapacitara para la prestación del servicio por más de treinta días durante un trimestre, fue expresamente derogado por el artículo 6° del Decreto 2541 del mismo año de 1945. Y aun cuando es apenas lógico suponer que desde el momento en que el trabajador se encuentra imposibilitado para concurrir al trabajo y deja de recibir el salario respectivo —pues únicamente se le proporciona, por vía de auxilio, una suma que se fija teniendo como base aquél—, prácticamente, ,en el hecho, el contrato debe considerarse en suspenso, es lo cierto que habiéndose derogado la disposición del numeral 7° de que antes se hizo mérito, no hay otra que pudiera servir de apoyo para estimar, en el caso que se viene estudiando, como suspendido el que existió entre las partes."*

Esto conlleva entonces a que, en atención del principio de favorabilidad, la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia en reciente jurisprudencia, más exactamente la SL181 de 2023, Radicación No. 92216 del 7 de febrero de 2023, refirió al respecto:

> *"Ahora, como del texto analizado no surgen dos posibles interpretaciones, no es procedente invocar el principio de favorabilidad, pues aquel, como lo tiene adoctrinado esta corporación, «parte de la existencia de duda en la aplicación o interpretación de normas vigentes» (CSJ SL131-2022) particularidad que aquí no se da.*
>
> *Es preciso tener en cuenta, que aun cuando la manifestación del principio protector constituye uno de los pilares fundamentales del derecho del trabajo, cuyo objeto consiste en amparar a la parte débil de la relación jurídica, con el fin de restablecer el equilibrio entre el trabajo y el capital, su utilización exige el más estricto rigor, con el fin de no alterar la teleología inicial de este, la iniciativa privada y la actividad económica también gozan de protección constitucional, en tanto son fuentes generadoras de trabajo, de conformidad con lo señalado en el artículo 333 de la CP, tal como lo memoró la Sala en sentencia CSJ SL1944-2021, sin que ello se entienda en desmedro de los derechos de los trabajadores y de la aplicación del sistema interpretativo propio del derecho social (CSJ SL131-2022)."*

Principio rector que inclusive que puede ser pregonado en el asunto de marras, como quiera que no puede perderse de vista que al encontrarse una distinción dentro del Decreto compilatorio 1083 de 2015 que no tiene en cuenta la

derogatoria de la causal 7ª del Decreto 2127 de 1945 a través del artículo 6º del Decreto 2541 de 1945, puede colegirse la configuración de dos interpretaciones de índole normativo en pro del trabajador, siendo más favorable el hecho de la falta de vigencia de la causal que se le endilgó por la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ – ESP para la suspensión del contrato de trabajo; circunstancia por la cual, la decisión de primer grado habrá de confirmarse sobre este puntualísimo aspecto.

f. De las pretensiones de carácter condenatorio:

Primas semestrales extralegales para las anualidades 2015 a 2018 y primas extralegales de diciembre o navidad de los años 2015 a 2017:

Sobre este tópico, el argumento de reproche de la demandada EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ – ESP se circunscribió a ser claro es el texto convencional en señalar que las prerrogativas convencionales se pagarán a quienes hayan laborado durante determinados periodos, sin que el demandante hubiese acreditado el tiempo de labores requerido.

Pues bien, como lo señaló la falladora de instancia, las primas extralegales enunciadas se encuentran desarrolladas en los artículos 92, 94 y 95 de la convención colectiva de trabajo con vigencia 2015-2019, articulados que señalan:

> *"**ARTÍCULO 92. PRIMA SEMESTRAL:** La empresa reconocerá a sus trabajadores una prima semestral distinta a la prima de diciembre o navidad equivalente a treinta y tres (33) días de salario promedio pagadero en la segunda quincena del mes de junio de cada año, a quienes hayan laborado el semestre completo y proporcionalmente cuando el tiempo de servicio fuere menor. La citada prima semestral se considera como valor de salario y se computará como tal para la liquidación de prestaciones sociales.*

Para los nuevos trabajadores que ingresen a la empresa, a partir del 3 de Agosto de 2004 con contrato de trabajo, la prima semestral tendrá las siguientes condiciones:

Prima semestral: Tendrán derecho a este beneficio, equivalente a veintiocho (28) días de salario promedio, pagadero en la segunda quincena del mes de junio de cada año, a quienes hayan laborado el semestre completo y proporcionalmente cuando el tiempo de servicio fuere menor. La citada prima semestral se considera como factor de salario y se computará como tal para la liquidación de prestaciones sociales, sin incluir en su cálculo la incidencia que produciría la prima semestral del año inmediatamente anterior ***(Artículo 180 – Convención 2012-2014) (Acordado CCT 2004-2007 art. 97 y CCT 2008-2011 art. 158).***

ARTÍCULO 94. PRIMA DE DICIEMBRE O NAVIDAD: *La prima de diciembre o navidad que la Empresa paga a sus trabajadores será de treinta y un (31) días de salario promedio pagadera en la primera quincena del mes de cada año, a quienes hayan laborado por lo menos siete (7) meses en el año respectivo y proporcionalmente cuando el tiempo servido fuere menor, la citada prima continuará siendo factor de salario y se computará como tal para liquidación de las prestaciones sociales.*

Para los nuevos trabajadores que ingresen a la empresa, a partir del 3 de agosto de 2004 con contrato de trabajo, la prima de navidad tendrá las siguientes condiciones:

Prima de Navidad: La prima de diciembre o de navidad será de treinta y un (31) días de salario promedio pagadera en la primera quincena del mes de diciembre de cada año, a quienes hayan laborado por lo menos 7 meses en el año respectivo y proporcionalmente cuando el tiempo servido fuere menor. La citada prima de navidad se considera como factor de salario y se computará como tal para la liquidación de prestaciones sociales, sin incluir en su cálculo la incidencia que produce la prima de navidad del año inmediatamente anterior. (Artículo 182 – Convención 2012-2014) (Acordado CCT 2004-2007 art. 99 y CCT 2008-2011 art. 160).

ARTÍCULO 95. FORMA DE LIQUIDACIÓN DE LA PRIMA SEMESTRAL, DE DICIEMBRE O NAVIDAD Y DE VACACIONES: *La prima semestral, la prima de diciembre o navidad y la prima de vacaciones se liquidará de la misma manera que el auxilio de cesantía; salvo el factor de horas extras, el cual se prorrateará entre el número de trabajadores que señale la nómina en el momento de la liquidación.*

Parágrafo: La fecha de corte para la liquidación de las primas será así:

a) *Prima semestral – Lo devengado desde el primero de junio del año anterior al 30 de mayo del año correspondiente a su liquidación.*
b) *Prima de diciembre o navidad – Del primero (1º) de diciembre del año anterior al (30) de noviembre del año correspondiente a su liquidación".*

Bajo esta égida, no resulta el argumento de la encartada para la absolución respecto de estas condenas, toda vez que, al no existir suspensión alguna del vínculo contractual, palmario resulta que el demandante acreditó el tiempo mínimo requerido en la prerrogativa convencional para acceder a los derechos deprecados y otorgados por la *a-quo*, por lo que habrá de confirmarse este puntualísimo aspecto.

Vacaciones:

El argumento de reproche para la absolución solicitada por la pasiva en esta instancia, es el hecho que al encontrarse suspendido el contrato de trabajo no prospera condena alguna, situación que se cae de su peso teniendo en cuenta lo expuesto en precedencia en lo que atañe a que el contrato de trabajo no era óbice de suspensión normativamente.

En tal sentido, la sentencia de primera instancia habrá de confirmarse en su integridad. **COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte recurrente.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA TERCERA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ,** administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 2 de septiembre de 2022 por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ – ESP. Se fija como agencias en derecho la suma de $1.000.000.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZALEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **36 2019 00853 01**
Demandante:	LUIS ENRIQUE CÁRDENAS ROJAS
Demandados:	COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 13 de febrero de 2023 por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el presente proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor LUIS ENRIQUE CÁRDENAS ROJAS promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y COLFONDOS S.A., a fin que se declare la nulidad del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida que administra COLPENSIONES al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de COLFONDOS S.A. el 1º de septiembre de 1999.

Como consecuencia de tal declaración, pretende se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez, junto con las mesadas adicionales, intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y la indexación de

las sumas adeudadas por tal concepto, a partir del 27 de octubre de 2019. Asimismo, se condene a COLFONDOS S.A., a devolver a COLPENSIONES todos los saldos que aportó por concepto de aportes a pensión, sin descontar lo correspondiente a comisión por administración, porcentajes, beneficios o rendimientos que se hubiesen generado en el fondo privado, más las costas ya agencias en derecho y lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra* y *extra petita.*

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que efectuó cotizaciones al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hasta 1999, y que se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad el 1º de septiembre de 1999, precisando que previo a ello fue visitado en su lugar de trabajo, junto con sus compañeros de labores por asesores de COLFONDOS S.A., quienes les dijeron el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES sería liquidado por lo que les convenía trasladarse a ese fondo privado, en donde obtendrían una mayor rentabilidad de sus cotizaciones a pensión, que podían pensionarse de manera anticipada sin importar la edad, a lo que se suma que el Jefe de Talento Humano de su empleador les recomendó llevar a cabo ese traslado, pues no perderían sus cotizaciones al INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES, ni su empleo por no efectuar la admisión del traslado.

De la misma forma, sostuvo que la información que brindaron los asesores del fondo privado fue insuficiente, e incompleta, dado que no le hablaron de todas las ventajas y desventajas de le implicaría el traslado de régimen pensional, luego, ese fondo no cumplió con su deber de información. (folios 4 a 14 archivo 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLFONDOS S.A. se opuso a las pretensiones. Al respecto, señaló que la solicitud de ineficacia o nulidad carece de fundamento fáctico y jurídico como quiera que su afiliación a ese fondo presentó en virtud de su derecho a libremente escoger el fondo de pensiones que administra sus aportes, además, expuso que brindó al demandante una asesoría integral, suficiente, oportuna,

veraz y eficaz respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de administradora de pensiones, además le informó sobre las características de dicho régimen, su funcionamiento, las diferencias ambos regímenes pensionales, las ventajas y desventajas, el derecho al bono pensional, la posibilidad de efectuar aportes voluntarios y la rentabilidad en ese régimen.

Como excepciones de fondo enlistó las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, la innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, y compensación y pago. (folios 4 a 17 archivo 14).

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones elevadas en el *petitum*, arguyendo que se debe acreditar que en efecto su consentimiento se vio viciado por la omisión de la información en la que pudo incurrir el asesor comercial del fondo privado al momento de la suscripción del formulario de afiliación. Esto por cuanto ante esa demandada el traslado de régimen fue válido y no hay lugar a recibir nuevamente al demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Máxime cuando de la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios se extracta que era el fondo privado de pensiones a quien le asistía el deber de información y buen consejo, luego, se encuentra válidamente afiliada a COLFONDOS S.A.

Formuló los medios exceptivos de mérito de falta de legitimación en la causa por pasiva, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en casos de ineficacia de traslado de régimen, inexistencia de causal de nulidad o ineficacia de traslado, responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de COLPENSIONES, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, improcedencia de indexación e intereses moratorios, aplicabilidad

de la sentencia SL373 de 2021 y la innominada o genérica. (folios 15 a 26 archivos 15).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 13 de febrero de 2023, resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado efectuado por LUIS ENRIQUE CÀRDENAS ROJAS del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, con efectividad del 1º de noviembre de 1999, a través de COLFONDOS S.A PENSIONES y CESANTÌAS.*
>
> *SEGUNDO: ORDENAR a COLFONDOS S.A PENSIONES y CESANTIAS, normalizar la afiliación del actor en el Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensión SIAFP y trasladar a la COLPENSIONES, la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluidos los rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones, los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser debidamente indexadas a la fecha de su pago.*
>
> *TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES a recibir e imputar, una vez recibidos los aportes, a la historia laboral de la demandante.*
>
> *CUARTO: ABSOLVER a Colpensiones de las demás pretensiones incoadas en su contra.*
>
> *QUINTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción.*
>
> *SEXTO: CONDENAR en COSTAS a COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES Liquídense como agencias en derecho con la suma de un 1SMMLV, a cargo de cada una de las encartadas.*
>
> *SEPTIMO: CONSÚLTESE con el Superior la presente sentencia, en favor de COLPENSIONES, conforme lo dispone el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S."*

Para arribar a dicha conclusión, la *a-quo* precisó que el actor se afilió al RAIS a través de COLFONDOS el 1º de septiembre de 1999. A continuación, señaló que el deber de información se encuentra en cabeza de las administradoras desde la expedición de la Ley 100 de 1993, la que en el literal d) del artículo 13 establece el derecho de libre elección de régimen pensional; además el artículo 97 numeral 1º del Decreto 663 de 1993, establece el deber de información. A su vez expuso que, de conformidad con lo adoctrinado por la Sala de Casación

Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en inicio se había establecido que procedía la nulidad de traslado de régimen pensional cuando se comprobara que las administradoras de pensiones no habían acatado el deber de información antes enunciado, sin embargo, posteriormente en sentencia SL1421-2019 se dijo que las consecuencias de un traslado desinformado no era la nulidad del traslado sino la ineficacia de este acorde lo establecía la Ley 100 de 1993, entre otras y que constituyen doctrina probable.

Seguidamente, refirió que al tenor de lo consagrado en la sentencia SL1055-2022, fueron traídas a colación unas sub reglas bajo el parámetro de la debida información que deben suministrar las administradoras pensionales a sus potenciales afiliados como son: (i) el cumplimiento del deber de información no se agota con la suscripción del formulario de afiliación, (ii) la carga probatoria consistente en acreditar el cumplimiento del deber de información se encuentra en cabeza de la AFP, (iii) no es necesario que la persona sea beneficiaria del régimen de transición para que proceda la ineficacia por el incumplimiento en el deber de información, (iv) no se requiere acreditar la configuración de un perjuicio, (v) el hecho tal de que un argumento del afiliado consista en que obtendrá una mejor pensión en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida no implica que no proceda la ineficacia, (vi) el incumplimiento del deber de información no se analiza desde el régimen de las nulidades sino desde la ineficacia, (vii) aunque el afiliado se traslade entre AFP tal situación no desdibuja el cumplimiento del deber de información.

En ese orden ideas, concluyó que COLFONDOS S.A. no demostró el cumplimiento del deber de información, pues el actor no confesó tal aspecto, por lo que resulta procedente la declaratoria de ineficacia con la consecuencial devolución de los emolumentos causados en virtud de dicho acto jurídico, en la forma en que se indicó en la sentencia, declaró no probada la excepción de prescripción. Sobre la pretensión relacionada con el reconocimiento de la pensión de vejez, adujo que no se acreditó el requisito de semanas establecido en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, por lo que absolvió de tal pedimento a COLPENSIONES. Finalmente, condenó en costas a las demandadas.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión COLPENSIONES la apeló. Argumentó en su alzada que no se acreditó la omisión del deber de información por parte de COLFONDOS S.A., por lo que al momento del traslado de régimen no le era exigible presupuesto diferente al establecido en el Decreto 663 de 1994, lo cual se colige con el formulario de afiliación, por lo que solicita se tengan en cuenta las pruebas recaudadas y no se accede a la ineficacia del traslado.

De otra parte, resaltó que la decisión objeto de censura afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones y pone en peligro el derecho a la seguridad social de los demás afiliados, igualmente solicita la absolución por la condena en costas, por lo que solicita se revoque la sentencia de primer grado.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional que realizó el demandante.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia el accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido".*

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *"ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial […] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto",* criterio último que se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

> *"[…] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante".*

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

> *"Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento".*

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, o se dieron traslados horizontales, hechos estos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fue aportado el formulario de afiliación que efectuara el demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de COLFONDOS S.A. el 1º de septiembre de 1999, vinculación que se hizo efectiva el 1º de noviembre de esa misma anualidad, según el reporte SIAFP que obra en el plenario. (folios 18 y 19 archivo 14). Formulario que si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntaria, ello, no acredita que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *"Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el*

deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado".

De otra parte, el demandante señor LUIS ENRIQUE CÁRDENAS ROJAS en el interrogatorio de parte a él practicado, sostuvo que arribaron asesores del fondo privado a su lugar de trabajo, quienes le dijeron que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES se acabaría, por lo que debían trasladarse a los fondos privados, que les dieron esferos y llaveros, además, le indicaron que tendría una cuenta de ahorro y que se podían pensionar anticipadamente, que tendrían rendimientos, por lo que suscribió el formulario de afiliación, ello producto además de la presión de su jefe de trasladarse.

De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna de parte del actor sobre el pleno suministro de una debida información, luego, al ser el formulario de afiliación la única prueba relevante que advierta una información de COLFONDOS S.A. al momento del traslado del demandante, según lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es evidente la carencia probatoria de esa encartada para soportar la inversión de la carga de la prueba que le asiste, lo cual por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

Ahora bien, tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *"la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:*

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información**	**Contenido mínimo y alcance del deber de información**
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993,	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes

	modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa No. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado al actor para el año 1999, una *"Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*".

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón a la falladora de instancia al declarar la ineficacia del traslado, dado que la AFP COLFONDOS S.A., no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen del promotor.

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración, se memora que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló al respecto:

"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

"Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que COLFONDOS S.A. Deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales".

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión.

En otro giro, respecto a una posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera al que alude COLPENSIONES al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha señalado sobre el particular, lo siguiente:

"Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la

Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

"Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por COLPENSIONES, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

"Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»".

En igual sentir, en sentencia SL 1440 del 2021, se estipuló y dejó sentada la línea jurisprudencial de la siguiente manera:

"Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que PORVENIR S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a COLPENSIONES, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.

"Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta

de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

"En esa línea, esta Sala de casación ha insistido en el traslado de los gastos de administración como efecto de la ineficacia, así se señaló en la sentencia CSJ SL 2877-2020:

"[…] el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

"Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.

"De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

"En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a COLPENSIONES de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional."

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas del accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se han efectuado en un fondo público o en una cuenta individual, luego, acorde con tales consideraciones resultan imprósperos los argumentos esbozados por la apelante.

Con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *"la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible […] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción".*

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se predica de la pretensión consecuencial de la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.

En lo atinente a la inconformidad que presenta la impugnantes respecto a la condena en costas impuestas en primera instancia, debe indicarse que el artículo 365 del C.G.P., aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., establece la imposición de esta figura para la parte vencida en juicio, luego, al haber sido evidente que esa accionada se opuso a las pretensiones de la demanda, es claro para la Sala la prosperidad de la condena en costas. En efecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2461-2021, Radicación No. 82211 del 8 de junio de 2021, señaló sobre el particular:

> *"Por último, en cuanto a las costas, basta remitirse al artículo 392 del CPC, hoy 365 del CGP, norma a la que se acude por remisión expresa del artículo 145 del CPTSS, para rectificar que tal condena procede frente a la parte vencida en el litigio o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación. súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.*
>
> *"En tal virtud, como en primera instancia la vencida en juicio fue la accionada, en cuanto prosperó la pretensión subsidiaria de pagar la devolución de saldos y a ella se opuso dicha entidad al contestar el libelo inicial, la decisión del Juzgado de condenarla en costas se ajusta a derecho; máxime que se trata de un imperativo legal o causa objetiva, lo que implica que se impone tal condena a la parte vencida, sin que sea necesario entrar a analizar el actuar el perjudicado o la razón".*

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

> *"Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada PORVENIR S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020).*
>
> *"De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de PORVENIR S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.*

Así las cosas, contrario a lo referido por COLPENSIONES en su alzada, no se evidencia yerro alguna en la decisión de la Juez de instancia al declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional del actor y las consecuencias de tal decisión. Colorario de lo expuesto, habrá de confirmarse la sentencia de primer grado.

COSTAS en esta instancia a cargo de la recurrente.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA TERCERA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.,** administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 13 de febrero de 2023 por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuesta en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la recurrente COLPENSIONES. Se fijan como agencias en derecho la suma de $500.000 a favor de la parte actora, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral :	**1100131050 37 2020 00230 01**
Demandante:	ÁLVARO ANDRÉS PÉREZ LAVERDE
Demandado:	COLFONDOS S.A. y LIBIA LUZ LAVERDE PÉREZ
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante y la encartada COLFONDOS S.A., en contra de la sentencia proferida el 15 de septiembre de 2022 por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor ÁLVARO ANDRÉS PÉREZ LAVERDE promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLFONDOS S.A. y LIBIA LUZ LAVERDE PÉREZ, a fin de declararse que es hijo único, heredero y beneficiario del causante señor LUIS ÁLVARO PÉREZ GÓMEZ (q.e.p.d.), de allí que le asiste el derecho a que COLFONDOS S.A. le haga efectivo la devolución de saldos del fallecido que reposan en su cuenta de ahorro individual en los términos preceptuados en el artículo 76 de la Ley 100 de 1993.

En virtud de lo anterior, se condene a COLFONDOS S.A. a pagar la devolución de saldos sobre el 100% de los valores obrantes en la cuenta de ahorro individual

del causante, junto con el pago de intereses moratorios, más lo que resulte probado de manera *ultra* y *extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que el señor LUIS ÁLVARO PÉREZ GÓMEZ (q.e.p.d.), se encontraba pensionado por parte de COLFONDOS S.A., quien falleció el 13 de enero de 2019.

Que con ocasión de lo anterior, el 8 de febrero de 2019, en su calidad de hijo único del causante, elevó petición ante COLFONDOS S.A. a fin de que se efectuara la devolución del 100% de los valores que reposan como saldos dentro de la cuenta de ahorro individual del fallecido, administradora quien el 15 de febrero de 2019 mediante certificación expedida, determinó que para proceder con el reconocimiento de la devolución de saldos debía aportarse copia de la sentencia judicial o escritura pública mediante la cual se realizó el juicio de sucesión que determinaran los herederos del causante.

Tal situación conllevó a que el 15 de enero de 2020 se aportara ante COLFONDOS S.A. la primera copia auténtica de la Escritura Pública No. 5155 del 16 de diciembre de 2019 expedida por la Notaría Séptima del Circuito de Bogotá, mediante la cual se protocolizó la sucesión del causante, determinándosele a él como único heredero del fallecido en calidad de hijo, situación que conllevó a que el mismo 15 de enero de la anualidad 2020, se firmara acuerdo para devolución de saldos con la AFP al ser el único heredero del causante, donde quedó plenamente consignado que la devolución se llevaría a cabo 10 días hábiles posteriores a la suscripción del mentado acuerdo, sucesión de la que nadie se hizo presente a reclamar derecho alguno.

Seguidamente, expuso que COLFONDOS S.A. el 13 de febrero de 2020 manifestó que la señora LIBIA LUZ LAVERDE PÉREZ presentó una declaración juramentada ante la Notaría 36 del Círculo de Bogotá del 10 de septiembre de 2019, mediante la cual manifestó que tuvo una unión marital de hecho con el causante señor LUIS

ÁLVARO PÉREZ GÓMEZ, lo que conllevó a que se decidiera rechazar las prestaciones económicas atinentes a la devolución de saldos inicialmente reconocidos hasta tanto no se allegase sentencia judicial debidamente ejecutoriada que otorgara la calidad que correspondiese a los otorgantes.

Refirió que nuevamente elevó ante COLFONDOS S.A. el 24 de febrero de 2020 solicitud de pago de devolución de saldos, la cual fue rechazada el 21 de abril de esa misma anualidad ante la falta de certeza del derecho reclamado, el cual debía ser controvertido ante la justicia ordinaria. Puntualizó, que, si bien la demandada señora LIBIA LUZ LAVERDE PÉREZ es su madre biológica, lo abandonó al nacer, al igual que contrajo matrimonio civil el 23 de diciembre de 1994 con el señor OSCAR FIGUEROA FIGUEROA, por lo que nunca convivió como compañera permanente con el fallecido en ninguna etapa de su vida, ni mucho menos dentro de los últimos 5 años inmediatamente anteriores a su deceso.

Por último, sostuvo que el causante señor LUIS ÁLVARO PÉREZ GÓMEZ en vida tramitó ante COLPENSIONES pensión de sobrevivientes con ocasión del deceso de su compañero permanente de nombre PEDRO ABRAHAM CRUZ DÍAZ, quien falleció el 6 de diciembre de 2006.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada LIBIA LUZ LAVERDE PÉREZ contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contra. Argumentó en su alzada que en efecto es la madre biológica del aquí demandante señor ÁLVARO ANDRÉS PÉREZ LAVERDE, último que cuando se iba a trabajar lo dejaba al cuidado de una vecina; no obstante, un día la detuvieron con privación de su libertad y por eso no pudo regresar, de allí que, por el bienestar del menor, el causante lo llevó para donde su hermana de nombre MIRIAM PÉREZ DE TORRES y su esposo, quienes lo criaron.

En lo que atañe a la convivencia con el causante, sostuvo que con éste existió una relación intermitente por muchos años, decidiendo formalizar su relación el 4 de

febrero 2012, calenda en la que decidieron convivir compartiendo techo, lecho y mesa por el periodo de 6 años y 11 meses hasta su fallecimiento que lo fie el 13 de enero de 2019, existiendo así un cuidado y socorro mutuo de entrañable afecto, incluso acompañó al fallecido a todas sus citas médicas y permaneció a su cuidado a razón de los quebrantos de salud que padecía.

Además, manifestó ser cierto que el causante tenía una orientación sexual bisexual, sosteniendo una relación sentimental con el señor PEDRO ABRAHAM CRUZ quien falleció, pero también con ella, tan es así que años después de la muerte del señor CRUZ, iniciaron una convivencia de manera ininterrumpida.

Formuló como medios exceptivos los denominados inexistencia de la obligación por parte de COLFONDOS S.A. en remitir a la masa sucesoral las sumas acumuladas en la cuenta del causante, obligación por parte de COLFONDOS S.A. de reconocerle pensión de sobrevivientes en su calidad de compañera permanente y la atinente a otras excepciones que el fallador encentre probadas.

COLFONDOS S.A. también contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones, bajo el entendido que en el asunto de marras nos encontramos ante un caso de conflicto de beneficiarios, el cual debe ser dirimido por el juez laboral con la finalidad que determine a quien le asiste el derecho prestacional deprecado de conformidad con lo establecido en el artículo 74 de la Ley 100 de 1993 y la Ley 712 de 2001.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 15 de septiembre de 2022 negó las pretensiones de la demanda impetradas por el demandante señor ÁLVARO ANDRÉS PÉREZ LAVERDE en contra de COLFONDOS S.A.

Igualmente, declaró que la señora LIBIA LUZ LAVERDE PÉREZ en su condición de compañera permanente del causante LUIS ÁLVARO PÉREZ GÓMEZ (q.e.p.d.), por lo que le asiste derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes

sobre un 100% de la mesada pensional inicialmente reconocida al fallecido desde el 13 de enero de 2019.

Por tal razón, condenó a COLFONDOS S.A. reconocer y pagar a favor de la señora LIBIA UZ LAVERDE PÉREZ, el retroactivo pensional que se cause sobre el 100% de la mesada pensional desde el 13 de enero de 2019, valor que deberá ser reconocido de manera indexada desde la causación de cada una de las mesadas pensionales hasta que se realice el pago efectivo de la obligación, autorizando a la AFP para que realice los descuentos que corresponda con destino al sistema de seguridad social en salud, absolviendo de las demás súplicas.

Para arribar a dicha conclusión, señaló que el causante ostentaba la condición de pensionado, por lo que su hijo ÁLVARO ANDRÉS PÉREZ LAVERDE al no acreditar la condición de beneficiario, solicitó la devolución de los aportes, al haber sido reconocido como único heredero. No obstante, la señora LIBIA LUZ LAVERDE PÉREZ solicitó la pensión de sobrevivientes en calidad de compañera permanente.

Frente a tal controversia, tras realizar un recuento probatorio, concluyó que se acreditó que la señora LIBIA LUZ LAVERDE PÉREZ ostentó la calidad de compañera permanente del causante, desde marzo de 2012 hasta 13 de enero de 2019, fecha del deceso, por lo que le asiste derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes.

De igual manera, la relación que el causante sostuvo con otra persona entre 1985 a 2006, es un hecho que en manera alguna afecta la convivencia acreditada con la señora LIBIA LUZ LAVERDE PÉREZ, máxime que, si bien esa inicial relación era de carácter homosexual, no implica desconocer la subsiguiente relación sentimental que sostuvo con la señora antes referida.

De otra parte, absolvió del pago de intereses moratorios, en tanto la AFP de manera objetiva suspendió el reconocimiento pensional. Finalmente, declaró no probadas las excepciones de mérito, acotando frente a la prescripción que la

reclamación administrativa y la intervención de la tercera *ad excludendum* acaeció antes que transcurriera el termino de 3 años. Absolvió de la condena en costas a la parte demandada.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión el señor ÁLVARO ANDRÉS PÉREZ LAVERDE la apeló. Ello en tanto la tercera *ad excludendum*, señora LIBIA LUZ LAVERDE PÉREZ no cumple con el requisito de convivencia. Ello en tanto los testigos fueron contradictorios, por cuanto el señor JAIRO CÁRDENAS SIMBAQUEBA señaló que el causante y la señora LIBIA LUZ LAVERDE PÉREZ convivieron en la carrera 18 No. 1C-69, lo cual no corresponde con la dirección señalada en la demanda como carrera 18 No. 1C-68, además no le consta que en efecto hayan sido pareja, pues solo relató que los miraba juntos. Se acreditó además que el causante habitó en el barrio Eduardo Santos desde junio a mayo de 2016, existiendo incluso un proceso ejecutivo por adeudar cánones de arrendamiento, lo cual desvirtúa la afirmación de convivencia en otra dirección.

El señor NELSON HERNÁNDEZ también incurre en contradicción, al señalar inicialmente que le constaba que convivían en la dirección aducida en la demanda, para posteriormente referir que lo observaba en la casa de habitación de las hijas de la señora LIBIA LUZ LAVERDE PÉREZ.

Señaló además que la señora NATHALIA, hija de LIBIA LUZ LAVERDE PÉREZ, así como el actual cónyuge de la tercera *ad excludendum*, fueron tachados, y solo la hija, de manera conveniente y para favorecer a su madre, refiere la condición de homosexualidad del causante. Así mismo, el señor OSCAR FIGUEROA, aduce haberse separado en el año 2011, pero nunca manifestó si existía infidelidad, siendo un testigo de oídas frente a la relación sentimental con el causante.

De otra parte, que la hermana del causante, señora MIRYAM PEREZ DE TORRES, no tenía una relación lejana, y da plena cuenta que el causante no tuvo una relación con su sobrina LIBIA LUZ LAVERDE PÉREZ, habitando un lugar distinto

del señalado en la demanda, más aún cuando la tercera *ad excludendum* solo lo llevo a su casa de habitación en los últimos meses de vida, con quien solo tenía una relación de familiaridad. Además, aseveró que el causante no permitía que lo acompañaran al médico dada su patología de VIH, sin que se haya tenido en cuenta que la señora LIBIA LUZ LAVERDE PÉREZ aparece en las historias clínicas como acompañante y en calidad de sobrina, refiriendo además tal documental que el causante no tomaba los medicamentos retrovirales.

Tampoco se tuvo en cuenta que, en declaración del propio causante ante Notaría, señaló ser soltero y nunca registró ante COLFONDOS S.A. a la señora LIBIA LUZ LAVERDE PÉREZ como compañera permanente. Así las cosas, el causante vivió solo en el barrio Eduardo Santos, y no ostentó una relación sentimental. Así mismo, la misma señora LIBIA LUZ LAVERDE PÉREZ confesó que el causante era homosexual, y la única testigo que refirió una condición de bisexualidad fue la hija de la demandante, quien no amerita credibilidad.

Por su parte, COLFONDOS S.A. apeló la sentencia señalando que la señora LIBIA LUZ LAVERDE PÉREZ no acredita la calidad de compañera permanente, siendo el causante pensionado desde el año 2008, sin que en momento alguno haya informado a la AFP que tuviese beneficiarios para efectos de la sustitución pensional. De igual manera, que los testigos incurren en sendas contradicciones, siendo en realidad la accionante sobrina del causante, y solo le prestó cuidados en los últimos meses de vida, más aún cuando no ostentaba una orientación heterosexual.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales en legal forma y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá determinar si ante el fallecimiento del causante LUIS ÁLVARO PÉREZ GÓMEZ (q.e.p.d.), procede la devolución a favor de su hijo y heredero señor ÁLVARO ANDRÉS PÉREZ LAVERDE, o en su defecto el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a la señora LIBIA LUZ LAVERDE PÉREZ, en calidad de compañera permanente.

c. Del caso en concreto:

Previo a abordar el fundamento del asunto *sub examine*, es menester que la Sala precise que no fue objeto de reproche los siguientes aspectos:

_ Que el causante LUIS ÁLVARO PÉREZ GÓMEZ (q.e.p.d.) ostentaba la calidad de pensionado, según da cuenta la certificación aportada al plenario y expedida por COLFONDOS S.A., así mismo que con ocasión al fallecimiento reposa, para la fecha de la constancia, un total de $399.332.228 (Fl. 41 PDF 01 ESCRITO DEMANDA).

_ Que según da cuenta la mentada copia del registro civil de nacimiento del señor ÁLVARO ANDRÉS PÉREZ LAVERDE, aquel es hijo del causante LUIS ÁLVARO PÉREZ GÓMEZ (q.e.p.d.) (Fl. 17 PDF 01 ESCRITO DEMANDA).

_ Que el causante LUIS ÁLVARO PÉREZ GÓMEZ (q.e.p.d.) falleció el 13 de enero de 2019, según da cuenta el Registro Civil de Defunción (Fl. 20 PDF 01 ESCRITO DEMANDA).

Ahora bien, se tiene que el señor ÁLVARO ANDRÉS PÉREZ LAVERDE depreca la devolución de saldos, dada su condición de heredero, calidad que, se reitera, se encuentra plenamente acreditada mediante el Registro Civil de Nacimiento. Sobre tal aspecto, el artículo 76 de la Ley 100 de 1993, consagra:

> *"ARTÍCULO 76. INEXISTENCIA DE BENEFICIARIOS. En caso de que, a la muerte del afiliado o pensionado, no hubiere beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, las sumas acumuladas en la cuenta individual de ahorro pensional, harán parte de la masa sucesoral de bienes del causante"*
>
> *"En caso de que no haya causahabientes hasta el quinto orden hereditario, la suma acumulada en la cuenta individual de ahorro pensional se destinará al Fondo de Solidaridad Pensional de que trata la presente Ley".*

De tal manera que, frente a dicha solicitud, se contrapone la alegada calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes de la señora LIBIA LUZ LAVERDE PÉREZ, quien aduce ostentar la calidad de compañera permanente supérstite, al haber convivido durante un lapso superior a los últimos cinco (5) años previos al fallecimiento.

Así las cosas, se advierte que conforme lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL2075-2021, Radicación No. 83457 del 19 de mayo de 2021, la norma que regula la materia de la pensión de sobrevivientes pretendida es la vigente al momento del óbito del causante, de modo que para el presente evento, por haber fallecido el señor LUIS ÁLVARO PÉREZ GÓMEZ (q.e.p.d.) el 13 de enero de 2019, el presente asunto debe analizarse bajo la égida de los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, que modificaron el artículo 74 de Ley 100 de 1993.

Al respecto, imperioso resulta traer a colación que, para el análisis de la prestación por sobrevivencia en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, el artículo 74 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, determina:

> *ARTÍCULO 74. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:*
>
> *"a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que*

estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;

Dicha normativa regula que son beneficiarios de la pensión los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez que fallezca, teniéndose entre estos, en forma vitalicia, a la compañera permanente, siempre y cuando se acredite que hizo vida marital con el causante y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1399-2018, Radicación No. 45779 del 25 de abril de 2018, expuso sobre la transversalidad de la convivencia lo siguiente:

"Según la disposición reproducida la convivencia por un lapso no inferior a 5 años es transversal y condicionante del surgimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes, tanto en beneficio de los (las) compañeros (as) permanentes como de los cónyuges (SL4925-2015). Por convivencia ha entendido la Corte que es aquella «comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva- durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado» (CSJ SL, 2 mar. 1999, rad. 11245 y CSJ SL, 14 jun. 2011, rad. 31605).

"Así, la convivencia real y efectiva entraña una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, soporte en los pesos de la vida, apoyo espiritual y físico, y camino hacia un destino común. Lo anterior, excluye los encuentros pasajeros, casuales o esporádicos, e incluso las relaciones que, a pesar de ser prolongadas, no engendren las condiciones necesarias de una comunidad de vida".

Así las cosas, a efectos de desatar los recursos de apelación, los cuales confluyen en referir que la prueba recabada en el plenario, en manera alguna acredita el requisito de la convivencia, debe señalarse que se practicó el interrogatorio de parte de la señora LIBIA LUZ LAVERDE PÉREZ, quien señaló:

"Cuando el enfermo siempre estuve con él desde el año 2012 acompañándolo, compartiendo una vivienda, compartiendo mi sueldo y mi vida con él, fui la compañera de él, viví al frente de mi casa en la carrera 18 No. 1C 68, […]

compartí con él todo ese tiempo, por eso me declaró que fui la compañera, porque lo acompañé en su enfermedad, en sus momentos más difíciles de la vida, hasta su última morada [...] solo yo nadie más"

Además, aseveró ostentar la calidad de sobrina, así como que estuvo casada con el señor OSCAR FIGUEROA, separándose en el año 2011, sin que haya mediado un divorcio. De igual manera, que el causante convivió como pareja con el señor PEDRO ABRAHAM CRUZ DÍAZ, quien falleció, además refirió que el causante si tuvo la condición de homosexualidad.

El demandante ÁLVARO ANDRÉS PÉREZ LAVERDE por su parte, refirió que la señora LIBIA LUZ LAVERDE PÉREZ solo mantuvo una relación de sobrina, más aún cuando ella solo se separó de hecho con el señor OSCAR FIGUEROA hasta el año 2017. Así mismo, que el causante convivió con un señor de nombre JOSE ANTONIO desde el año 2014.

Así mismo de los interrogatorios, se refirió que el señor ÁLVARO ANDRÉS PÉREZ LAVERDE fue reconocido por el causante, sin ser realmente su padre biológico, y aunado a ello que su madre es la tercera *ad excludendum* LIBIA LUZ LAVERDE PÉREZ.

De otra parte, la testigo MYRIAM PÉREZ DE TORRES, señaló ser hermana del causante, así mismo que fue quien se encargó de la crianza del señor ÁLVARO ANDRÉS PÉREZ LAVERDE. Refirió que fungió como fiadora entre 2012 y 2016 de un apartamento ubicado en el barrio Eduardo Santos, existiendo incluso un proceso ejecutivo, época en la cual vivía con un señor de nombre JOSÉ, de quien el causante refería que no era su pareja; de igual manera, que vivió un tiempo frente a la casa de la señora LIBIA LUZ LAVERDE PÉREZ, con quien no tuvo relación sentimental, aunado a que ella convivió con el señor OSCAR FIGUEROA, de quien se separó. Así mismo que el causante, solo apoyaba económicamente en la crianza del accionante.

Por su parte el señor JAIRO CÁRDENAS SIMBAQUEBA refirió que en el año 2012 compró la casa de habitación ubicada en la carrera 18 No. 1C 68, en donde

suscribió contrato de arrendamiento para ocupar el segundo piso con la señora LIBIA LUZ LAVERDE PÉREZ en el año 2012, lugar en donde vivió inicialmente el causante y posteriormente la señora LIBIA LUZ LAVERDE PÉREZ, quien solucionaba el canon de arrendamiento. Lugar en el que vivieron hasta el año 2018. Refirió no constarle la intimidad o la clase de relación, pues solo da cuenta que los observaba haciendo mercado o juntos. Señala que en mayo de 2018 entraron en mora, por lo cual le subarrendaron un cuarto a una tercera persona. Refiere que cuatro meses antes del deceso convivieron al frente de la casa que él les arrendaba, en donde vivían las hijas de la señora LIBIA LUZ LAVERDE PÉREZ.

Señaló conocer al señor OSCAR FIGUEROA, quien fue pareja de la señora LIBIA LUZ LAVERDE PÉREZ, refiriendo que se separaron.

La testigo ROSA ANGÉLICA TORRES PÉREZ, señaló ser prima de LIBIA LUZ LAVERDE PÉREZ, y que es prima también del señor ÁLVARO ANDRÉS PÉREZ LAVERDE, no obstante, su crianza fue en la casa de su madre MYRIAM PÉREZ DE TORRES, por lo que lo considera su *"hermano"*. Aseveró que el causante era su tío, y que no tuvo una relación sentimental con la señora LIBIA LUZ LAVERDE PÉREZ, quien era su sobrina. Refiere además que su madre le sirvió de fiadora en el arrendamiento de un apartamento en el barrio Eduardo Santos, momento en que vivía con un señor de nombre JOSÉ, quien refería le ayudaba en actividades de la casa. Señaló que la señora LIBIA LUZ LAVERDE PÉREZ solo lo cuidaba por su enfermedad, más no convivían.

La señora MARÍA NATALIA FIGUEROA LAVERDE, hija de la señora LIBIA LUZ LAVERDE PÉREZ, refirió que ella canceló los gastos de las exequias con el dinero destinado a pagar la Universidad; narró que su padre OSCAR FIGUEROA se separó de su madre en el año 2011, por diversas infidelidades en que él incurría. Señala que para esa fecha el causante vivía en un apartamento ubicado al frente de la casa, y tras la separación, la señora LIBIA LUZ LAVERDE PÉREZ se trasladó a convivir con el causante, toda vez que eran pareja, lo cual no se lo comentaban a ninguna persona dado que era una relación sentimental entre sobrina y tío, por lo cual, nunca fue de público conocimiento tal situación.

El señor FREDI MISAEL TORRES PEREZ, quien adujo ser sobrino del causante, refirió que vivió en el barrio Eduardo Santos en el año 2012 aproximadamente, hasta el año 2014, para posteriormente vivir en la primera de mayo; señaló que convivió con otro hombre, y nunca otra mujer en tanto su condición era de homosexualidad. Asevera que el causante reconoció al señor ÁLVARO ANDRÉS PÉREZ LAVERDE como hijo, y ayudaba en su sostenimiento. Manifestó que no sostuvo relación sentimental con la señora LIBIA LUZ LAVERDE PÉREZ.

El testigo OSCAR FIGUEROA FIGUEROA, relató que contrajo nupcias con la señora LIBIA LUZ LAVERDE PÉREZ, que no llevó a cabo proceso de divorcio por aspectos económicos, no obstante, aclaró y reiteró que la separación obedeció a que sospechaba de una relación entre su cónyuge y el causante, la cual le fue confirmada por la referida señora LIBIA LUZ LAVERDE PÉREZ.

El declarante NELSON EDI HERNÁNDEZ PLAZA señaló que conoció al causante en el año 2017, que vivía en la calle 11 Sur y que lo frecuentaba para jugar cartas los fines de semana; lo cual acontecía cuando el causante vivía el frente de la casa de habitación de la señora LIBIA LUZ LAVERDE PÉREZ. Refirió que en un cumpleaños en el año 2012 se percató que el causante y la referida sobrina compartían mesa, techo y lecho. Señaló que eran pareja por cuanto se daban besos y muestras de cariño. Aseveró no conocerle más parejas, y que el causante tenía orientación sexual de bisexual, y que se presentaban como una pareja normal.

El señor LUIS EDUARDO PEREZ GOMEZ, hermano del causante, refirió que el único compañero del actor era el señor PEDRO, con quien convivió hasta el deceso del mencionado señor; manifestó que por la enfermedad que lo aquejaba, estuvo en sus últimos días conviviendo con la señora LIBIA LUZ LAVERDE PÉREZ, quien es familiar, siendo el causante como un padre para ella. Aseveró que no existió la relación sentimental aducida.

Finalmente, el señor MILCIADES CORREA HERNÁNDEZ refiere que observó la condición de compañeros permanentes, en tanto realizó un trabajo en la casa de habitación, atinente al arreglo o armado de un comedor.

Ahora bien, a juicio de Sala del análisis de los anteriores medios de convicción, no se logra formar el convencimiento de la alegada condición de compañera permanente. Lo anterior por cuanto en efecto, se evidencian sendas contradicciones en aspectos centrales entre los testigos MARÍA NATALIA FIGUEROA LAVERDE, OSCAR FIGUEROA FIGUEROA y NELSON EDI HERNÁNDEZ PLAZA.

En efecto, la hija de la tercera *ad excludendum* relató que su padre OSCAR FIGUEROA FIGUEROA se separó de su madre pro las constantes infidelidades del referido señor, quien, a *contrario sensu*, relató que obedeció a la relación que mantenía la señora LIBIA LUZ LAVERDE PÉREZ; así mismo la citada testigo refirió que la relación entre la causante y su madre se mantenía oculta, dada su grado de parentesco, lo cual se contradice con lo señalado por el testigo NELSON EDI HERNÁNDEZ PLAZA, quien relató que se presentaban ante sus amigos como una pareja *"normal"*.

De otra parte, el señor OSCAR FIGUEROA FIGUEROA, refirió que la convivencia de la señora LIBIA LUZ LAVERDE PÉREZ y el causante inició a finales del año 2011, data que dista de la alegada en el año 2012. Así mismo, el referido testigo manifestó un grado íntimo de amistad, no obstante, no le consta que el causante convivía con otra persona con anterioridad, hecho del cual todos los testigos dieron cuenta e incluso nunca estuvo en dubitación tal aspecto, así con la orientación sexual del causante, la cual el referido testigo refiere solo conocer por comentarios.

Por su parte el señor JAIRO CÁRDENAS SIMBAQUEBA, no fue enfático en señalar la existencia de una relación marital de hecho, pues señala que les arrendó el inmueble sin constarle aspecto alguno de la intimidad o relación de pareja. De igual manera, no es dable extraer una convivencia dentro de los últimos 5 años,

con la declaración del señor MILCIADES CORREA HERNÁNDEZ, en tanto no es factible estimar que le haya constando de manera permanente una relación de pareja.

De otra parte, se aportó al plenario una declaración extra proceso suscrita por el propio causante LUIS ÁLVARO PÉREZ GÓMEZ (q.e.p.d.) (Fl. 66 PDF 01 ESCRITO DEMANDA), en la cual bajo la gravedad del juramento aseveró para el 10 de octubre de 2017, ostentar la calidad de soltero, y que entre el año 1985 y 2006, convivió con el señor PEDRO ABRAHAM CRUZ DÍAZ.

Así mismo, no es factible otorgar credibilidad a lo aducido por la tercera *ad excludendum*, en tanto en el curso del proceso quedó claro que el causante no es el padre biológico del señor ÁLVARO ANDRÉS PÉREZ LAVERDE, pese a ello, en la reclamación ante la AFP (Fl. 35 PDF 04 CONTESTACIÓN), la señora LIBIA LUZ LAVERDE PÉREZ, adujo una situación diferente a la narración del presente proceso, al señalar:

> *"El señor LUIS ÁLVARO PÉREZ GÓMEZ tuvo un único hijo con mi mandante, quien nació el 14 de junio de 1982, y fue inscrito con el nombre de ALVARO ANDRÉS PÉREZ LAVERDE, es decir, actualmente mayor de edad y sin ninguna discapacidad. El causante no tuvo otros hijos"*
>
> *"Mi mandante y el causante, por razones que no son del caso precisar, no hicieron vida marital en el momento que nació el hijo de ellos, y por el contrario cada uno hizo vida marital con otras parejas, no obstante, ambos terminaron con sus parejas y decidieron emperezar a convivir el 4 de febrero de 2012, convivencia que fue estable, pública y continua hasta el día del fallecimiento […]".*

Se advierte así, que se han presentado distintas versiones por la señora LIBIA LUZ LAVERDE PÉREZ, quien ante la AFP adujo que su hijo ÁLVARO ANDRÉS PÉREZ LAVERDE nació de la relación que sostenía con su tío, e incluso que el causante dejó a su pareja para mantener una relación con ella, lo cual se opone a la realidad acreditada, atinente al fallecimiento del señor PEDRO ABRAHAM CRUZ DÍAZ.

En ese orden de ideas, la tercera *ad excludendum* no acredita la condición de compañera permanente, lo cual se sopesa a dar credibilidad a la prueba testimonial que dio cuenta que ostentó la condición de sobrina, sin que se debata el hecho de la cercanía, solidaridad y acompañamiento, sin embargo, tales aspectos no se traducen en la convivencia requerida para acceder a la pensión de sobrevivientes.

Determinado lo anterior, se tiene que se aportó el Registro Civil de Nacimiento del ÁLVARO ANDRÉS PÉREZ LAVERDE, siendo registrado como su padre el causante, documento que no puede ser desconocido por la Sala, por lo cual se accederá a la pretensión atinente a la devolución de saldos.

Finalmente, no se emitirá condena al pago de intereses moratorios, en tanto COLFONDOS S.A. actuó en cumplimiento de un deber legal, al haber suspendido el trámite hasta se defina judicialmente la procedencia de la devolución o del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.

Como corolario de lo anterior, se revocará la decisión de primer grado, para en su lugar acceder al pago de la devolución de saldos. Sin Costas a cargo de COLFONDOS S.A. Las de primera instancia a cargo de la señora LIBIA LUZ LAVERDE PÉREZ. **SIN COSTAS** en esta instancia.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA TERCERA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.,** administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida 15 de septiembre de 2022 por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONDENAR a COLFONDOS S.A. al reconocimiento y pago de la devolución de saldos del causante LUIS ÁLVARO PÉREZ GÓMEZ (q.e.p.d.), en beneficio del señor ÁLVARO ANDRÉS PÉREZ LAVERDE.

TERCERO: ABSOLVER a COLFONDOS S.A. de las restantes pretensiones del señor ÁLVARO ANDRÉS PÉREZ LAVERDE y de todas las pretensiones de la señora LIBIA LUZ LAVERDE PÉREZ.

CUARTO: SIN COSTAS a cargo de COLFONDOS S.A. Las de primera instancia a cargo de la señora LIBIA LUZ LAVERDE PÉREZ. **SIN COSTAS** en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **38 2020 00286 01**
Demandante:	JAIRO ENRIQUE NIÑO BARBOSA
Demandado:	DRILLING TECHNOLOGY COLOMBIA S.A.S. HOY EN LIQUIDACIÓN
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, en contra de la sentencia proferida el 12 de octubre de 2022 por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor JAIRO ENRIQUE NIÑO BARBOSA promovió demanda ordinaria laboral en contra de DRILLING TECHNOLOGY COLOMBIA S.A.S. HOY EN LIQUIDACIÓN, a fin de declararse que con la encartada existió un contrato de trabajo a término indefinido de dirección, confianza y manejo por el periodo comprendido entre el 24 de octubre de 2017 y el 28 de febrero de 2020, el cual finalizó sin justa causa atribuible al empleador.

Por consiguiente, se condene a la pasiva al pago y excedente de la liquidación final de prestaciones sociales que fuese elaborada el 29 de febrero de 2020, la indemnización por despido sin justa causa de que trata el artículo 64 del C.S.T., indemnización moratoria en los términos del artículo 65 de la misma disposición normativa, lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita* y costas procesales.

Por último, que se conmine a la encartada presentar el reporte de pagos efectuados en la anualidad 2020 ante la DIAN.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que el 18 de octubre de 2017 suscribió con la encartada contrato de trabajo a término indefinido de dirección y/o confianza, y/o manejo y/o técnico, iniciando labores a partir del 24 de octubre de 2017 donde desempeñó el cargo de Geólogo Mudlogger en el Municipio de Cota Cundinamarca, mas de conformidad con lo dispuesto en la cláusula tercera del vínculo contractual y por previo convenio entre las partes, la prestación del servicio podía llevarse a cabo en cualquier lugar dentro y fuera del país en las instalaciones de la empresa contratante y/o en otras empresas.

Que se estableció un salario de $963.000, y al tratarse de un contrato de dirección y/o confianza, además se determinó una prima de compensación equivalente a $437.661, la cual se pagaba de manera mensual, así como que se suscribió un acuerdo de suspensión del contrato y/o licencia no remunerada desde el 12 de noviembre de 2019 hasta el 11 de enero de 2020, poniendo de presente que el 28 de febrero de 2020, le fue comunicado por la encartada la terminación del vínculo contractual, sin referirse a una justa causa para finalizarlo.

Seguidamente, relató que en virtud de lo anterior, el 29 de febrero de 2020, la pasiva le elaboró la liquidación de sus acreencias laborales, sin que a la presentación de esta acción se hubiese pagado la misma, liquidación que por demás arroja una suma adeudada de $5.726.189 y que tiene como base de pago de sus derechos laborales la suma de $2.239.297, teniendo en cuenta 846 días laborados, describiendo emolumentos tales como vacaciones, cesantías, intereses a las cesantías, prima legal e indemnización por despido sin justa causa.

En últimas, indicó que, al auscultar la mentada liquidación, la misma fue elaborada en forma errónea.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada DRILLING TECHNOLOGY COLOMBIA S.A.S. HOY EN LIQUIDACIÓN contestó la demanda aceptando la existencia del contrato de trabajo con el aquí demandante. En lo que atañe a la liquidación de prestaciones sociales argüida por el actor, sostuvo que los cálculos realizados por este no corresponden con la realidad, ya que en el ingreso base de liquidación mencionado no se relaciona el registrado en el contrato y demás documentales aportadas por el mismo actor.

Adicionalmente, argumentó que no es posible que se pretenda el desconocimiento de la insolvencia que se encuentra en la actualidad al tenor de lo estatuido en la Ley 1116 de 2006, situación que ha dificultado el reconocimiento y pago de las acreencias laborales del aquí demandante, las cuales fueron y han sido objeto de conocimiento por el juez concursal.

Formuló como medios exceptivos los denominados prescripción, pago, cobro de lo no debido, buena fe, innominada, compensación, *exceptio plus petitum.*

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 12 de octubre de 2022 declaró que entre el demandante señor JAIRO ENRIQUE NIÑO BARBOSA y la demandada DRILLING TECHNOLOGY COLOMBIA S.A.S. HOY EN LIQUIDACIÓN, existió un contrato de trabajo a término indefinido por el periodo comprendido entre el 24 de octubre de 2017 y el 29 de febrero de 2020, en el marco del cual se desempeñó como Geólogo, percibiendo como última remuneración salarial la suma de $1.400.672.

Por consiguiente, condenó a la encartada pagar a favor del demandante a razón de cesantías $2.052.227, intereses a las cesantías $1.128, prima de servicios $116.723, indemnización por despido sin justa causa $2.661.276.80, e indemnización moratoria $7.003.360.

Asimismo, condenó a la demandada a expedir a favor del actor certificación sobre el reporte de pagos efectuados a su nombre con destino a la DIAN, concerniente a la anualidad 2020, absolviéndola de las demás pretensiones formuladas en su contra.

Para arribar a dicha conclusión, indicó el operador de instancia que está acreditada la relación laboral entre las partes por el periodo comprendido entre el 24 de agosto de 2017 y el 29 de febrero de 2020, donde el actor se desempeñó como Geólogo Mudlogger, adicional al hecho que, a través de decisión emanada por la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES del 29 de julio de 2020, se ordenó la apertura del proceso de liquidación judicial simplificada de la sociedad aquí demandada.

Frente a la asignación salarial del actor y, en específico lo dispuesto en el contrato de trabajo y los desprendibles de pago que militan en el plenario, se evidencia que inicialmente la relación laboral generó un salario base de

$963.000 y una prima de compensación por valor de $437.671, la cual es de connotación salarial según lo establecido por las partes, de allí que para efectos de la liquidación se parta de una asignación salarial mensual de $1.400.671.

Que en tal sentido, confrontadas las súplicas de carácter condenatorio de la demanda, no le asiste derecho a la parte demandante para que se efectúe una reliquidación salarial respecto de las acreencias adeudadas por la encartada, siendo entonces pertinente tenerse en cuenta lo adeudado y contenido dentro de la liquidación de prestaciones sociales que reposa en el plenario y que asciende a la suma de $5.726.180, monto que contiene lo relacionado a cesantías, intereses a las cesantías, prima legal y la indemnización que por despido sin justa causa allí se plasma.

Arguyó pertinente señalar que no fue discusión entre las partes que la finalización del contrato de trabajo sucedió desprovista de justificación por la parte demandada. Que atendiendo la modalidad contractual en los términos del artículo 28 de la Ley 789 de 2002, la cual modificó lo correspondiente al artículo 64 del C.S.T., el monto de esta indemnización en los términos del literal a) se cuantifica en el equivalente de 30 días de salario por el primer año de servicio comprendido entre el 24 de octubre de 2017 y el 23 de febrero de 2018, 160 días por los años subsiguientes comprendidos entre el 24 de octubre de 2018 y el 23 de febrero de 2020 y 13.33 días que corresponden a la fracción entre el 24 de febrero de 2020 y la fecha del finiquito; circunstancia por la cual, verificadas las operaciones aritméticas por concepto de indemnización por despido sin justa causa, el pago para condena asciende a la suma de $2.661.276.80.

En cuanto a la indemnización por falta de pago en los términos del artículo 65 del C.S.T., modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, el *a-quo* arguyó que según lo ha definido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el empleador debe acreditar con razones justificativas la buena para

el eximente de dicha sanción, por lo que al haberse extinguido la relación laboral por la encartada sin efectuar el pago correspondiente pago de las acreencias laborales del actor, resulta razonable su imposición.

No obstante, adujo imponer condena a razón de $46.689 diarios a partir del 29 de febrero de 2020, sanción que solo debe correr hasta el 29 de julio de 2020, calenda en que la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES ordenó la apertura del proceso de liquidación judicial de la aquí demandada, condena que asciende a la suma de $7.003.360.

Finalmente, con relación a la pretensión de que la demandada emita el reporte de pagos que le efectuara en el año 2020 ante la DIAN, consideró que la pasiva debió haber realizado este tipo de solicitud, por lo que, en caso de haber llevado a cabo algún tipo de deducción con destino a la DIAN, deberá expedir la certificación correspondiente.

No declaró probada la excepción de prescripción.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandada la apeló. Argumentó en su alzada encontrar inconformidad frente a la condena de que trata el artículo 65 del C.S.T., como quiera que lo único que se toma en cuenta para su imposición y causal de mala fe, es el no pago de la liquidación del contrato de trabajo del demandante, sin que se haya analizado el elemento objetivo de la deuda bajo los criterios establecidos por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ya que en todo momento al actor se le puso de presente la situación financiera por la que se estaba atravesando, tanto así que existió una suspensión del contrato de trabajo con la finalidad de no verse beneficiado de la actividad laboral del señor JAIRO ENRIQUE NIÑO BARBOSA sin ninguna remuneración salarial.

Que una vez no se pudo continuar con las actividades u objeto social, fue por lo que se procedió al reconocimiento a favor del demandante de la indemnización por despido sin justa causa, rubro que fue por demás incluido dentro de la liquidación de prestaciones sociales la cual se allegó ante la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES en aras de que esta última realizara el reconocimiento correspondiente.

Que desde el 13 de mayo de 2020 la Junta Directiva tomó la decisión de someterla a liquidación, aspectos todos por los que debe absolverse respecto de esta indemnización.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes en la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales en legal forma y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, en atención del recurso de apelación impetrado por la encartada DRILLING TECHNOLOGY COLOMBIA S.A.S. HOY EN LIQUIDACIÓN, la Sala habrá de auscultar como único punto de estudio si es procedente el reconocimiento y pago de la indemnización dispuesta en el artículo 65 del C.S.T.

c. Del caso en concreto:

Previo al abordaje del planteamiento jurídico expuesto, sea lo primero indicar que no fue objeto de reproche que entre el aquí demandante señor JAIRO ENRIQUE NIÑO BARBOSA y la demandada DRILLING TECHNOLOGY COLOMBIA S.A.S. HOY EN LIQUIDACIÓN existió un contrato de trabajo a término indefinido por el periodo comprendido entre el 24 de octubre de 2017 y el 29 de febrero de 2020, donde el actor desempeñó el cargo de Geólogo, relación laboral que finalizó por parte del empleador mediante a través de carta calendada el 28 de febrero de 2020, aspectos que se demuestran con la copia del contrato de trabajo, carta de finalización del mismo y certificación laboral del 29 de febrero de 2020 (PDF 03 ANEXO 2, fls. 1 a 7 PDF 04 ANEXOS DEMANDA y fls. 17 a 24 PDF 23 CONTESTACIÓN DEMANDA).

Tampoco el hecho que la demandada DRILLING TECHNOLOGY COLOMBIA S.A.S. mediante auto con radicación No. 2020-01-381434 del 29 de julio de 2020 proferido por la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES, fue objeto de liquidación a partir de la referida calenda 29 de julio de 2020 en los términos de que trata la Ley 1116 de 2006 (Fls. 9 a 19 – PDF 13 AUTORIZACIÓN DIRECCIÓN 20201215).

d. De la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T.

Tratándose de la indemnización moratoria, debe indicarse que con la finalidad de proteger los derechos de los trabajadores que se han visto afectados por el incumplimiento de las obligaciones legales a cargo de su empleador, la ley laboral ha previsto algunas consecuencias económicas tendientes a resarcir el menoscabo que esta conducta pudiese causar al trabajador, incluyendo dentro de ellas, la indemnización por el no pago oportuno de las prestaciones causadas a la finalización del contrato consagrada en el artículo 65 del C.S.T.

Al respecto, según lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, este tipo de indemnización no es de aplicación

automática, sino que su imposición opera cuando el empleador no aporta razones satisfactorias y justificativas de su conducta, situación que implica a su vez que cada caso deba analizarse en forma particular, sentencias SL3356-2022, Radicación No. 91692 del 16 de agosto de 2022, SL1595-2020, Radicación No. 70531 del 21 de abril de 2020, SL5040-2019, Radicación No. 70909 del 6 de diciembre de 2019, entre otras.

Así las cosas, como lo asentó el fallador de instancia, palmario resulta que el alegarse un déficit financiero por parte del empleador no constituye *per se* la buena fe a su favor. Para lo pertinente, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3159-2019, Radicación No. 62666 del 6 de agosto de 2019, sostuvo:

> *"Tampoco se puede deducir buena fe de la demandada a partir del auto de la Superintendencia de Sociedades visto a folios 894 a 911, en primer lugar, porque de su texto se advierte que la afectada por las decisiones administrativas allí adoptadas es la matriz de la demandada y no la sociedad C. I. Agrícola Guacarí Ltda., que por cierto, ni siquiera está mencionada a lo largo de tal providencia y, de contera, el auto tampoco es anterior a la fecha de la manifestación de autodespido, pues data del 23 de diciembre de 2011 a lo que se suma que, si se para mientes en su contenido, hace relación a la revocatoria de unas decisiones previas, en las cuales se había ordenado la terminación de unos procesos de reorganización y apertura de trámite de liquidación, cuya fuente fue, ni más ni menos que el «[…] incumplimiento reiterado y sistemático» de obligaciones laborales.*
>
> *En el caso debatido surge que los argumentos que destacó el ad quem para no imponer la sanción moratoria se circunscribieron a la crisis económica que afectó a la empresa y que le impidió satisfacer las acreencias laborales, pero esa razón en modo alguno puede constituirse en fundamento para predicar la buena fe en la actuación de la demandada, la cual, por virtud de lo convenido con sus trabajadoras, aquí recurrentes, estaba obligada a cumplir con lo pactado y, en todo caso, a actuar diligentemente en procura de la satisfacción de tales créditos que devienen vitales para ellas, a quienes no les puede ser oponible la mera razón de tales problemas económicos internos, y no pueden ver afectadas sus garantías laborales por ello, menos cuando el artículo 28 del CST impone que «[…] el trabajador puede participar de las utilidades o*

beneficios de su patrono pero nunca asumir sus riesgos o pérdidas», de forma que, siendo lo único que predicó para exonerarse de la sanción, no resulta atendible desde la órbita del derecho del trabajo, tal como por demás, ya se ha dicho por esta corte en la sentencia CSJ SL912-2013."

Por tal razón, claro es que dentro del plenario además de alegarse una crisis económica como motivo de la falta de pago de los derechos laborales del demandante, no existe prueba adicional que enrostre alguna conducta justificativa en favor del empleador para que se le deje de imponer este tipo de sanciones, en la medida que por el hecho de que se constituyera respecto de la encartada un proceso liquidatorio en los términos de la Ley 1116 de 2006, tal tópico no justifica la carencia de cancelación para con el trabajador, máxime si se tiene en cuenta que su finiquito fue sin justa causa y lo adeudado fue incluso reflejado dentro de la liquidación final de prestaciones sociales y que se itera, no ha sido cancelada en la actualidad, aún a pesar que desde la fecha del finiquito laboral han transcurrido más de 3 años.

Asimismo, se pone de presente que al gozar de prosperidad la condena impuesta sobre este concepto y al no haber existido reproche por la parte demandada en lo que respecta al monto determinado en primer grado, así como los extremos temporales acogidos para el pago, se confirmará en su integridad la sentencia de primera instancia.

Por último, pone de presente la Sala que en el asunto de marras de conformidad con lo estatuido en los artículos 488 y 489 del C.S.T., en concordancia con el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., no operó el fenómeno trienal prescriptivo, toda vez que la relación laboral finalizó el 29 de febrero de 2020, presentándose la demanda el 20 de agosto de la misma anualidad como da cuenta el Acta individual de reparto (PDF 06 SECUENCIA).

En tal sentido, la sentencia de primera instancia habrá de confirmarse en su integridad. **COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte recurrente.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA TERCERA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ,** administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 12 de octubre de 2022 por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada. Se fija como agencias en derecho la suma de $1.000.000.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral : **1100131050 39 2018 00654 01**
Demandante: FROILAN SEPÚLVEDA SALCEDO
Demandado: COLFONDOS S.A.
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 19 de octubre de 2022 por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor FROILAN SEPÚLVEDA SALCEDO promovió demanda ordinaria en contra de COLFONDOS S.A., a fin de declararse que el 9 de mayo de 2017 acreditó los requisitos para acceder a la pensión de vejez en los términos preceptuados en el artículo 64 de la Ley 100 de 1993, por lo que tiene derecho a que la encartada le reconozca y pague la prestación con sus mesadas adicionales en cuantía inicial de $1.200.000.

Por consiguiente, se le condene a COLFONDOS S.A. reconocer y pagar la pensión de vejez en forma vitalicia, junto con su retroactivo y mesadas adicionales desde el 9 de mayo de 2017, en cuantía inicial de $1.120.000, valor que deberá incrementarse anualmente.

Asimismo, se le condene al pago de intereses moratorios en los términos de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, de manera subsidiaria la indexación, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra* y *extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que nació el 10 de junio de 1958, contando a la fecha de presentación de la demanda con 60 años de edad; que cotizo al RPMPD en un total de 465 semanas, trasladándose a COLFONDOS S.A., en donde cotizó un total de 868 semanas, por lo cual la accionada le ofreció acceder a la pensión anticipada de vejez.

Que cotizó durante toda su vida laboral un total de 1333 semanas, por lo cual adelantó los trámites pertinentes para el reconocimiento pensional, no obstante, COLFONDOS S.A. evidenció un error en la fecha de nacimiento, en tanto no correspondía en el registro y en la cédula de ciudadanía, por lo cual no fue factible radicar la solicitud de reconocimiento pensional. Una vez realizado el trámite respectivo, mediante oficio del 21 de febrero de 2017 COLFONDOS S.A. le comunicó al actor que la fecha de nacimiento había sido corregida; por lo que el 9 de mayo de 2017 solicitó el pre cálculo actuarial para acceder a la pensión anticipada; posteriormente el 5 de octubre de 2017 radicó los documentos para el cálculo del bono pensional, cambio de fecha de nacimiento en el sistema y el reconocimiento de la pensión, frente a lo cual no se emitió respuesta.

Que COLFONDOS S.A. entregó el pre cálculo de fecha 19 de diciembre de 2017, refiriendo que el saldo corresponde a $231.817.901, por lo que la mesada pensional asciende a $1.130.000 pagaderos a partir de enero de 2018. Así mismo, el mismo 19 de diciembre de 2017 solicitó la pensión, no obstante, la accionada adujo nuevamente un error en la fecha de nacimiento.

Refiere que el 5 de febrero de 2018 COLFONDOS S.A. le entregó el pre cálculo, señalando que el saldo es de $235.359.142, el cual es insuficiente para acceder a la pensión; el 22 de febrero de 2018 solicitó nuevamente el pago de la pensión, por lo que en oficio del 20 de junio de 2018 se le informa que el valor de la pensión ascendería a $945.730 para junio de 2018 y $1.150.220 para junio de 2020; no obstante, el 27 de julio de 2018 la accionada le entrega un pre cálculo por monto de $244.124.086, el cual es insuficiente para el reconocimiento.

Que el 8 de agosto de 2018 solicitó nuevamente el reconocimiento, teniendo en cuenta el pre cálculo del 19 de mayo de 2017, sin embargo, en respuesta del 16 de agosto de 2018 se le informó que el saldo de la cuenta asciende a $244.535.288, insuficiente para reconocer la pensión.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLFONDOS S.A. contestó la demanda señalando que las semanas cotizadas en la cuenta de ahorro individual fueron registradas en total de 763.14, existiendo además 465 semanas acreditadas para bono pensional, ostentando un total de 1396.14 semanas; que para el 6 de febrero de 2020 tiene un saldo en la cuenta de ahorro individual de $276.799.655, el cual es inferior al mínimo requerido para otorgar una pensión mínima, el cual asciende a $292.550.756.

Propuso y sustentó las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación, carencia de derecho, prescripción, buena fe, compensación y pago, incompatibilidad entre la indexación y los intereses moratorios reclamados y la innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 19 de octubre de 2022 denegó las pretensiones del demandante

FROILAN SEPÚLVEDA SALCEDO y declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y carencia de derecho.

Para tal efecto estimó que el problema jurídico se centraba en determinar si los pre cálculos que realizó la AFP, la vinculan a efectos del reconocimiento pensional; de igual manera, si el actor cumple con los requisitos consagrados en el artículo 64 de la Ley 100 de 1993. Así las cosas, tras verificar un recuento de las pruebas recabadas, refirió los pre cálculos que fueran expedidos por COLFONDOS S.A., en los cuales incluso se señaló que el capital era suficiente para acceder a la pensión (9 de mayo de 2017 y 19 de diciembre de 2017, 1º de junio de 2018) y en los que se estableció que era insuficiente (5 de febrero de 2018, 27 de junio de 2018, 17 de agosto de 2018 y 10 de junio de 2020).

Sobre tal aspecto hizo referencia a la sentencia SL2188 de 2021, en la cual la Corte Suprema de Justicia, refirió que los pre cálculos consisten en hechos hipotéticos y hacen referencia a simples proyecciones a título informativo, por ende, no vinculan a la AFP, más aún cuando no se acredita que el actor haya accedido a autorizar la venta del bono pensional para incrementar la financiación del capital, como lo regula el artículo 12 del Decreto 1299 de 1994.

Una vez determinado lo anterior, señaló que, como requisitos para acceder a la pensión de vejez bajo la modalidad de retiro programado, se requiere que el capital permita financiar una pensión equivalente al 100% del salario mínimo, haciendo referencia a la sentencia SL2798 de 2022, determinando además que, de conformidad con el dictamen pericial, que para los años 2017 a 2020 no contaba el actor con el capital necesario, motivo por el cual absolvió de todas las pretensiones, sin hacer referencia al último pre cálculo del año 2020, en tanto le fue reconocida la pensión de vejez a partir del diciembre de 2020.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandante la apeló. Para tal efecto señaló que los pre cálculos sí deben ser tenidos en cuenta, ello en tanto se aportó la emisión del bono pensional, formato que contiene la firma del actor, lo cual conduce a establecer que sí había autorizado su negociación, siendo así vinculante para la AFP. De otra parte, el actuario al absolver el interrogatorio, manifestó que los cálculos se deben realizar teniendo en cuenta la aparición de beneficiarios, ello indistintamente que el actor hubiese informado o no el que existan.

Lo anterior, teniendo en cuenta además que la negación del derecho se fundamentó en un error administrativo, no imputable al actor.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales en legal forma y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala determinará si el actor cumple los requisitos para acceder a la pensión de vejez anticipada para las fechas en que se emitieron pre cálculos afirmativos respecto del capital necesario.

c. Pensión anticipada de vejez:

Se pretende por activa se condene a la AFP COLFONDOS S.A. al reconocimiento y pago de la pensión anticipada de vejez, en la modalidad de retiro programado, al haber reunido los requisitos legales para ello, una vez se subsanó el error administrativo atinente a la fecha de nacimiento, lo cual

deviene de los pre cálculos que realizara la accionada el 9 de mayo de 2017 y el 19 de diciembre de 2017 y el 1º de junio de 2018, en los cuales se establecía el monto de la mesada pensional.

Así las cosas, advierte la Corporación que el artículo 64 de la Ley 100 de 1993, consagra:

> *"ARTÍCULO 64. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE VEJEZ. Los afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tendrán derecho a una pensión de vejez, a la edad que escojan, siempre y cuando el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual les permita obtener una pensión mensual, superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de expedición de esta Ley, reajustado anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE. Para el cálculo de dicho monto se tendrá en cuenta el valor del bono pensional, cuando a este hubiere lugar.*
>
> *"Cuando a pesar de cumplir los requisitos para acceder a la pensión en los términos del inciso anterior, el trabajador opte por continuar cotizando, el empleador estará obligado a efectuar las cotizaciones a su cargo, mientras dure la relación laboral, legal o reglamentaria, y hasta la fecha en la cual el trabajador cumpla sesenta (60) años si es mujer y sesenta y dos (62) años de edad si es hombre.*

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3394-2022, Radicación No. 63793 del 27 de septiembre de dos mil veintidós, refirió:

> *"[…] cabe recordar que en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad - RAIS el legislador originalmente estableció tres modalidades de pensión, que luego mediante la Circular 013 del 24 de abril de 2012, expedida por la Superintendencia Financiera de Colombia, adicionó en cuatro más, esto es, en la actualidad este régimen, cuenta con siete modalidades de pensión, cuyas características esenciales, se ilustraron en la sentencia CSJ SL5286-2019, así:*
>
> *"a) Retiro programado, que de paso valga recordar es la solicitada por el actor, se encuentra a cargo de la AFP, quien la paga directamente de la cuenta de ahorro individual del afiliado, la mesada se calcula todos los años basándose en la rentabilidad del capital existente en la cuenta y la expectativa de vida y tiene la característica de ser revocable por el afiliado para contratar otro tipo de modalidad y, cuando el capital disminuya, de oficio la administradora se encuentra facultada para contratar una renta*

vitalicia para así asegurarle al pensionado un ingreso de por lo menos un salario mínimo.

"Esta modalidad de pensión, se recalcula año tras año, teniendo en cuenta, entre otros ítems, las diversas variables económicas, el capital existente en la cuenta de ahorro individual y un eventual aumento o disminución en la esperanza de vida.

"Además, en caso de fallecimiento del pensionado que escoge esta modalidad de pensión, los dineros pasan a la masa herencial, si no existieran beneficiarios de la prestación. En esta modalidad los riesgos financieros son asumidos por el asegurado tal como lo prevé el artículo 81 de la Ley 100 de 1993.

De igual manera, la referida providencia señaló que para efectos de estimar si el afiliado cuenta con el capital suficiente, se debe tener en cuenta el valor del bono pensional. Al respecto, acotó:

"En relación con la decisión del a quo, observa la Corte, que aun cuando consideró de forma acertada que se debía estudiar, en un primer momento, la procedencia de la pensión de vejez, lo cierto es que, se equivocó al analizar si el capital existente en la cuenta de ahorro individual era suficiente para financiar la prestación, pues no estimó que debía incluirse el valor del bono pensional, máxime que en el proceso nunca fue objeto de discusión que había lugar al mismo.

"Y si bien no se desconoce que al no haberse redimido el bono pensional de manera anticipada, el juez de primer grado no tenía conocimiento de cuál sería el saldo del afiliado y, por consiguiente, si contaría o no con el capital suficiente para acceder a la pensión de vejez por satisfacer lo preceptuado en el artículo 64 de la Ley 100 de 1993, ello, de todas formas, no conllevaba ordenar automáticamente a la administradora demandada la devolución de saldos, pues debía comprobar previamente si cuando se redimiera dicho bono pensional en forma normal, se obtendría el cumplimiento del requisito financiero que diera lugar a percibir la prestación, todo ello con la finalidad de no atentar contra el mandato consagrado en el artículo 48 de la CP, en cuanto que la pensión es un derecho irrenunciable.

"[…]

"En este orden de ideas, lo que correspondía en el presente litigio, para su correcta definición, se itera, era analizar si resultaba viable la redención anticipada del bono pensional por no haberse negociado en el mercado secundario de valores, como también si en la data de la redención normal se reuniría el capital suficiente para financiar la pensión de vejez, la cual, se insiste, es de carácter irrenunciable; sin dejar de lado que en el sub lite

ocurre una particularidad consistente en que el accionante fue categórico respecto a que no estaba dispuesto a aceptar la redención anticipada del bono pensional, lo que impide otorgar la devolución de saldos antes de darse dicha redención.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que al plenario se allegó el pre cálculo elaborado por COLFONDOS S.A. el 9 de mayo de 2017 (Fl. 53 PDF 01ExpedienteFísico), el cual, de manera expresa, cuando hace referencia al Bono Pensional, señala que su valor es aproximado tanto a la fecha del pre cálculo como el valor de una eventual negociación, e incluso tal documento deja expresa constancia que:

"Este valor es meramente informativo. El valor definitivo de su pensión se determinará cuando ella sea tramitada oficialmente, ya que el presente no constituye trámite sino solo una proyección".

Igual consideración se verifica respecto de los pre cálculos de fecha 19 de diciembre de 2017 (Fl. 65 PDF 01ExpedienteFísico), así como del elaborado el 20 de junio de 2018 (Fl. 79 PDF 01ExpedienteFísico), el cual incluso refiere:

"Este cálculo fue realizado sin información de beneficiarios ya que no fueron reportados en la solicitud.

"[…]

"Estos valores son solo una proyección cuyo cumplimiento dependerá del comportamiento de las cotizaciones e intereses en el futuro y por lo tanto no comprometen la responsabilidad de la Administradora"

"No debe olvidar que el cálculo y proyección realizado al señor Sepúlveda se efectuó exclusivamente a título informativo, expresados en aproximaciones conforme la normativa vigente, con el objeto de que se realice una planeación pensional conforme a las necesidades de cada persona, por lo cual no compromete la responsabilidad de la Administradora de Pensiones […]"

En ese orden de ideas, se tiene que no es dable estimar que el actor cumple con los requisitos para acceder a la pensión, con base en proyecciones que se emitieron a título informativo y con datos aproximados del valor del bono pensional. Más aun cuando, como en efecto lo adujo la *a-quo*, la Corte suprema

de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2188-2021, Radicación No. 69512 del 21 de abril de 2021, señaló:

> *"Su equivocación, en realidad, como también lo argumenta la censura, consistió en que dispuso el reconocimiento de la pensión de vejez «al menos para el 1.º de junio de 2014», bajo el argumento que el demandante pretendió el derecho pensional desde la fecha en que se pruebe que tenía el capital necesario para financiarlo, pese a que los datos en los que se fundaba la proyección eran meramente hipotéticos.*
>
> *"A juicio de la Sala, la solución que el ad quem adoptó en este asunto es opuesta a la hermenéutica que corresponde a las normas que aplicó, de modo que cometió la transgresión legal que le endilga la censura.*
>
> *"[…]*
>
> *"En ese contexto, el juez plural debió tener presente que si los valores en los que se basó el referido informe de la administradora de pensiones derivaban de hechos meramente hipotéticos y que no habían ocurrido materialmente, pues no los estableció como acreditados en el proceso -negociación del bono y elección de retiro programado como modalidad pensional-, no podía entonces determinar con base en ellos una fecha exacta de reconocimiento pensional para el 1.º de junio de 2014.*

En ese orden de ideas, se tiene que los pre cálculos se basaban en aspectos meramente informativo e hipotéticos, e incluso no existía una autorización expresa de negación del bono pensional, ni el capital de la venta había ingresado efectivamente a la cuenta, por lo cual no es dable acceder a lo peticionado por el accionante, esto es, reconocer la pensión con las proyecciones o pre cálculos de los años 2017 y 2018. El órgano de cierre en la providencia citada, concluye que:

> *"Nótese que el Tribunal no podía fundarse en que el actor pretendió la pensión desde la fecha en que se acredite que tenía el capital para financiarla, si previamente había establecido -correctamente- que tal acreditación no bastaba para determinar la fecha inicial del reconocimiento, pues en este caso se requería, adicionalmente: (i) la negociación del bono pensional con el fin de obtener una pensión anticipada, para lo cual se requería la autorización expresa y por escrito del afiliado; (ii) que este seleccionara la modalidad de pensión respectiva y, además, (iii) precisara con claridad quiénes eran sus beneficiarios, aspectos que no se acreditaron según lo estableció el propio Colegiado de instancia.*

Una vez determinado lo anterior, se debe acotar que en el plenario se practicó prueba pericial, la cual no fue tachada por las partes, y la cual determinó que el capital mínimo que se requería para los años 2017 y 2018, era superior al que ostentaba el actor en la cuenta de ahorro individual, concluyendo que:

> *"Respuesta 1: el capital necesario para financiar una pensión de Salario mínimo para el 9 de mayo de 2017 este alrededor de los $ 238.026.915,10, y si quisiera que la pensión fuera de $1.120.000,00 el valor aproximado es de $ 280.024,572,22.*
>
> *"[…]*
>
> *"Respuesta 2: El capital necesario para financiar una pensión de Salario mínimo para el 19 de diciembre de 2017 es aproximado de los $ 246.670.954,10.*
>
> *"[…]*
>
> *"Respuesta 3: El capital necesario para financiar una pensión de Salario Mínimo para el 5 de febrero de 2018 es aproximado de los $ 245.419.825".*
>
> *"[…]*
>
> *"Después de hacer los ejercicio actuariales propios con parámetro similares a los que debe tener en cuenta el fondo de Pensiones y Cesantías COLFONDOS de cuerdo a la normatividad vigente,* ***se observa que el capital necesario para financiar la pensión con Salario mínimo siempre fue mayor al capital existente en la CAI****, a excepción de la liquidación de diciembre de 2020, donde se observa que el capital en la cuenta es de cerca de $305 millones y el capital necesario que muestra el ejercicio actuarial es de aproximadamente $280 millones, por lo cual a partir de diciembre de 2020 puede financiar la pensión; como lo explicado a lo largo de este escrito, la finalidad es didáctica que corresponde a indicar lo valores aproximados para el cálculo de una pensión en el modelo retiro programado".*

Corolario que incluso no es refutado en la alzada, en tanto la misma se dirigió a que la pensión se reconozca con los pre cálculos antes analizados. Finalmente, con respecto al año 2020, al actor le fue reconocida la pensión de vejez al acumular el capital para tal anualidad, tal como se acreditó con el oficio

del 18 de diciembre de 2020, RAD-66979-12-20 (Fls. 4 a 6 PDF 07ColfondosAllegaInformacion20210112).

Así las cosas, concluye la Sala que le asistió razón a la *a-quo* al denegar las pretensiones de la demanda, motivo que impele a confirmar la decisión de primer grado.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante. Las agencias en derecho se fijan en la suma de $600.000.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA TERCERA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.,** administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida 19 de octubre de 2022 por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante. Las agencias en derecho se fijan en la suma de $600.000.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado