



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

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN: 11001 31 05 **014 2020 00109 01**
DEMANDANTE: JUAN PEDRO MORENO BALLÉN
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES - COLPENSIONES

Bogotá DC, quince (15) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados MILLER ESQUIVEL GAITÁN, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, respecto de la sentencia proferida el 23 de febrero de 2022, por el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende el demandante, que se declare que es beneficiario del régimen previsto en el Decreto Ley 1281 del 2 de junio de 1994, por lo que la normatividad aplicable para resolver su situación pensional es el art. 15 del Decreto 758 de 1990; en consecuencia, se condene a la demandada al reconocimiento y pago de una pensión especial de vejez por altas temperaturas a partir del cumplimiento de los 50 años, es decir, desde el 15 de septiembre de 2010, junto con las mesadas ordinarias y adicionales causadas desde esa fecha y los intereses moratorios previstos en el art. 141 de la Ley 100 de 1993. Subsidiariamente solicitó que se declare que es beneficiario de lo dispuesto en los art. 3° y 4° del Decreto 2090 de 2003.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, manifiesta que nació el 15 de septiembre de 1960; que cotizó para pensión en el RPM un total de 1.582,57 semanas, de las cuales 862,99 fueron aportadas ejerciendo actividades de alto riesgo por exposición a altas temperaturas con el empleador Cristalería Peldar SA; que el 23 de agosto de 2013, solicitó el reconocimiento de la pensión especial de vejez por alto riesgo, la cual fue negada mediante Resolución n.º GNR 338265 del 4 de diciembre de ese año, confirmada en el acto administrativo n.º VPB 8169 del 22 de mayo de 2014; que el 30 de marzo de 2016, pidió el reconocimiento de una pensión mensual vitalicia de vejez, y Colpensiones en Resolución n.º GNR 166073 del 7 de junio siguiente, dispuso el pago de la pensión mensual especial por alto riesgo con aplicación del Decreto 2090 de 2003; que Cristalería Peldar SA, certificó que el grado de riesgo para la planta de Cogua era IV, así mismo, que él ingresó el 25 de octubre de 1989 ocupando inicialmente el cargo de labores varias desde el 25 de noviembre de 1989 al 6 de febrero de 1992 y que la empresa realizó aportes adicionales de conformidad con el Decreto 1281 de 1994 y el Decreto 2090 de 2003, del 1º de enero de 1995 al 1º de noviembre de 1995, cuando se desempeñaba como ayudante general de formación en la sección de formación y del 2 de noviembre de 1995 al 3 de octubre de 2016 cuando estaba en el oficio de operador de máquinas de formación en la sección de formación y envases (págs. 42 a 55, arch. 1),

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda se admitió el 13 de marzo de 2020, ordenándose la notificación y traslado a la llamada a juicio (págs. 58 a 59, arch. 1), quien dio respuesta en la oportunidad procesal correspondiente.

Colpensiones se opuso a las pretensiones con fundamento en que el demandante no acreditó ser beneficiario del régimen de transición, previsto en el Decreto Ley 1281 de 1994. En su defensa, propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, prescripción, compensación e intereses moratorios, (arch. 11001310501420200010900 *Contestación*, carp. 3).

La **Agencia Nacional de Defensa Jurídica el Estado**, guardó silencio pese a encontrarse debida y legalmente notificada (pág. 63, arch. 1).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 23 de febrero de 2022, absolvió a Colpensiones de todas las pretensiones formuladas en su contra.

Consideró el *a quo* que el demandante no reunía las condiciones para ser beneficiario del régimen de transición previsto en el Decreto 1281 de 1994, y para que a su turno, fuera aplicable lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990, en la medida en que al 22 de junio de 1994, no contaba con 15 años de servicios o aportes al sistema ya que registraba 449,71 semanas y tenía 33 años de edad.

Sobre la pretensión subsidiaria, aclaró que debido al requerimiento efectuado en la fijación del litigio, se había logrado determinar que la intención del demandante con la misma, era que se produjera la variación de la fecha de reconocimiento pensional que se estableció por la entidad desde el 1º de junio de 2016, atendiendo a la reducción de la edad de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 2090 de 2003.

De ese modo, determinó que el gestor arribó a 55 años de edad el 15 de septiembre de 2015, anualidad en la que el art. 9º de la Ley 797 de 2003 exigía 1300 semanas, las cuales se habían acreditado con largueza debido a que tenía 1576, por lo que al incluirse las 1097 cotizadas como de alto riesgo, podía colegirse que cotizó 276 adicionales a las requeridas en el régimen de prima media, de ahí que existía la posibilidad de reducir la edad en 4 años, es decir, al 15 de septiembre de 2011, sin embargo, el disfrute estaba supeditado al retiro y desafiliación del sistema en los términos del art. 13, 30 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, lo que acaeció el 30 de abril de 2016, y a su vez, se tenía que la negación de Colpensiones respecto del reconocimiento pedido el 23 de agosto de 2013, no podía considerarse como injustificado, así como tampoco que la entidad hubiera inducido en error al afiliado, ya que para ese momento el mismo no contaba con la edad para acceder a la pensión especial, debido a que ello tuvo lugar el 15 de septiembre de 2015.

En consecuencia, señaló que el disfrute de la prestación en efecto debía disponerse desde el 1º de mayo de 2016, por lo que en principio procedería el

pago de dicha mesada, sin embargo, al verificarse que había operado la prescripción, era menester absolver a la demandada de los pedimentos formulados en su contra.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La **parte demandante** expresó su inconformidad respecto de la absolución de las pretensiones subsidiarias, aduciendo que el gestor sí manifestó su deseo de desvincularse de la empresa y para ello elevó la solicitud de reconocimiento pensional en el año 2013, el cual fue negado por Colpensiones, a pesar de que posteriormente, con la resolución que dispuso el pago de la prestación, se estableció por la entidad que el derecho se causó el 27 de diciembre de 2012. De lo que se colige que la llamada a juicio lo indujo en el error que lo llevó a pedir la prestación hasta el 2014. Agregó que además el promotor del proceso estuvo expuesto a altas temperaturas desde 1992 y que a partir del 27 de diciembre de 2012, debe disponerse el pago de la pensión de acuerdo con lo previsto en el Decreto 2090 de 2003.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 13 de mayo de 2022, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, conforme a lo normado en el art. 15 del Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado para alegar (arch. 4, C002).

La parte demandante presentó las alegaciones argumentando que el actor tiene derecho a que se le aplique el régimen inmediatamente anterior, siendo aquel el Decreto 1281 de 1994, razón por la cual, la tasa de reemplazo aplicada por parte de la administradora de pensiones no es del 72.47%, sino la correspondiente al 85%. De la misma manera la fecha de estatus de pensionado, es 15 de septiembre de 2010, situación que lo hace beneficiario y acreedor de la mesada adicional de junio o mesada catorce, así como del pago de los intereses moratorios solicitados (arch. 7, C002).

Colpensiones también presentó alegatos pidiendo que se confirme la decisión de primer grado (arch. 6, C002).

VI. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada, y conforme a lo dispuesto en el art. 66A del CPTSS, el problema jurídico en este asunto consiste en determinar cuál es la fecha de disfrute de la pensión de alto riesgo que fue reconocida al actor por la entidad, en aplicación de lo dispuesto en el Decreto 2060 de 2003, y en caso de ser anterior a la determinada por la entidad, si resulta procedente ordenar el reconocimiento y pago del retroactivo pensional correspondiente, así como la condena por concepto de intereses moratorios previstos en el art. 141 de la Ley 100 de 1993.

En ese orden, y previo a resolver el punto materia de inconformidad en la alzada, debe dejarse anotado que en virtud del principio de consonancia que consiste en que *“La sentencia de segunda instancia, así como la decisión de autos apelados, deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación”* (art. 66A del CPTSS), esta Corporación no emitirá pronunciamiento de fondo sobre los nuevos argumentos que invoca el apoderado judicial de la parte demandante en los alegatos de conclusión respecto de la absolución dispuesta por la *a quo* sobre las pretensiones principales, en la medida en que ese aspecto no fue apelado en la oportunidad concedida al profesional del derecho para sustentar el recurso, esto es, en el acto de la notificación en estrados de la sentencia, tal como dispone el art. 66 del CPTSS.

Partiendo del problema jurídico planteado, recuerda la Sala que el Decreto 2090 de 2003, bajo la pretensión de unificar el régimen de trabajadores de alto riesgo, incluyendo a trabajadores del sector privado y del sector público en un normativa conjunta, derogó íntegramente los Decretos 1281 y 1835 de 1994, manteniendo dentro de las actividades de alto riesgo para la salud del trabajador la exposición a altas temperaturas, por encima de los valores límites permisibles, determinados por las normas técnicas de salud de salud o cupacional.

A su vez, se tiene que con la expedición del Decreto 1281 de 1994 - 23 de junio de 1994- se estableció que bajo las actividades allí previstas, los

empleadores tendrían la obligación de cotizar seis puntos adicionales a los establecidos por la Ley, porcentaje que fue incrementado mediante el Decreto 2090 de 2003, en donde se determinó como cotización especial diez puntos adicionales, de modo que antes de la fecha inicialmente anotada, no era exigible el aporte adicional para efectos del reconocimiento pensional (CSJ SL1342-2018), por lo que los tiempos previos no pueden ser desconocidos, así como tampoco los posteriores en los que el patrono no efectuó la cotización adicional, ya que el trabajador no puede correr con las consecuencias de esa omisión, para lo cual la entidad de seguridad social cuenta con las acciones de cobro respectivas (CSJ SL4330-2021, CSJ SL9013-2017 y CSJ SL398-2013).

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en múltiples pronunciamientos ha establecido que para ser beneficiario de la pensión especial de vejez, no basta con demostrar la prestación de los servicios en una empresa clasificada como de alto riesgo, sino que resulta necesario que se pruebe que el trabajador estuvo expuesto en el ejercicio de sus funciones (CSJ SL17123-2014, SL16898-2014, SL5539-2015, SL14013-2016 Y SL17247-2017).

Igualmente ha expresado la Alta Corporación que, para el reconocimiento de la pensión especial de vejez por actividad de alto riesgo, no es menester allegar la calificación de actividad por parte de la autoridad administrativa y/o, según la norma que regule el asunto, de las dependencias de salud ocupacional del ISS, pues existe libertad probatoria (CSJ SL3476-2016 y CSJ SL22189-2017).

En tal sentido, se tiene que no es materia de debate el punto atinente a las cotizaciones adicionales realizadas por el actor por medio de la empleadora Cristalería Peldar SA, desde enero de 1995 hasta abril de 2016, pues así fue reconocido por la llamada a juicio en la Resolución n.º GNR 166073 del 7 de junio de 2016; no obstante, aduce el recurrente que para efectos de establecer el disfrute de la prestación se deben incluir las que se cotizaron a través de la misma sociedad a partir de 1992, pedimento que sustenta en la certificación de la historia ocupacional que data del 19 de noviembre de 2018, en la que se hizo constar que ingresó el 25 de octubre de 1989, y desempeñó los siguientes cargos y funciones (págs. 34 a 35, arch. 1):

- i. Labores Varias desde el 25 de octubre de 1989 hasta el 6 de febrero de 1992, como responsable por la ejecución de trabajos sencillos como ayudante de otros o de tareas específicas de aseo, limpieza, movimiento de materiales; que dichas actividades las ejecutaba con las manos, escobas, traperos, papel, movimientos de cajas, etc. en el área de decoración de envases, donde había bandas transportadoras de envases, envases de vidrio, cajas de cartón, estibas de madera, máquinas Strutz de decoración, pinturas para decoración, etc.
- ii. Ayudante General Formación del 7 de febrero de 1992 al 1º de noviembre de 1995, en el que debía ayudar al operador de máquinas en la correcta operación y funcionamiento de las máquinas formadoras, hacer escobillones y mantener abastecidos los carros de grasa para la lubricación de moldes y premoldes, derretir caucho para controlar grietas, ayudar con el cambio de agujas, moldes, premoldes, tubos, anillos y cambios de referencia en general, así como el cambio de equipo variable, lavar y soplar máquinas, colaborar en la sacada de casco de los sótanos y aprovisionar al Departamento de materiales y suministros; que dichas actividades las ejecutaba con las manos, guantes, llaves mecánicas, etc. en el área de formación, donde había máquinas formadoras de vidrio IS y el material de trabajo era el vidrio.
- iii. Operador máquinas de formación del 2 de noviembre de 1995 al 3 de octubre de 2016, en el que era responsable por la correcta y eficiente operación de máquinas de formación, de tal manera que la producción satisficiera los estándares y especificaciones requeridos y manteniendo altos índices de eficiencia y calidad; que dichas actividades las ejecutaba con las manos, guantes, llaves mecánicas, etc. en el área de formación de envases y Cristalería, donde había máquinas formadoras de vidrio IS y el material de trabajo era el vidrio.

Así mismo, se incorporó al plenario una segunda constancia de la misma fecha, en la que la Coordinadora de Relaciones Laborales de Cristalería Peldar SA, certificó que la compañía cotizó aportes adicionales de conformidad con el Decreto 1281 de 1994 y el Decreto 2090 de 2003 desde el 1º de enero de 1996 hasta el 3 de octubre de 2016 (pág. 36, arch. 1); y de otro lado, reposa certificación dada por la misma empleadora el 1º de noviembre de 2018, en la que se dejó anotado las administradoras de riesgos laborales a las que estuvo

afiliado el promotor del proceso durante su vinculación laboral, y que el grado de riesgo para la Planta de Cogua era IV (pág. 36, arch. 1).

Con lo anterior, es preciso anotar que a pesar de que se constata que el actor desempeñó el mismo cargo como Ayudante General Formación en Cristalería Peldar SA del 7 de febrero de 1992 al 1º de noviembre de 1995, contrario a lo sostenido en la alzada, lo cierto es que esa sola evidencia no denota que en el interregno referido por el recurrente en las actividades realizadas con el patrono hubo exposición a altas temperaturas, y si la hubo, si aquella se dio por encima de los valores límites permisibles, determinados por la normas técnicas de salud ocupacional, pues en los términos explicados por la jurisprudencia reseñada, para los efectos analizados, no es suficiente demostrar la prestación de los servicios en una empresa clasificada como de alto riesgo.

En consecuencia, para efectos de analizar la fecha de causación y disfrute de la prestación que fue reconocida al gestor no se incluirán como semanas de carácter especial las alegadas por la activa.

Retroactivo pensional.- Sobre este punto, se tiene que no es materia de debate que la normatividad aplicable al asunto bajo examen es el Decreto 2090 de 2003, que en sus artículos 3º y 4º contempló una pensión especial de vejez para los afiliados al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, que se dediquen en forma permanente al ejercicio de las actividades relacionadas en el artículo 2º de esa norma, durante el número de semanas que corresponda y efectúen la cotización especial durante por los menos 700 semanas, sean estas continuas o discontinuas, y siempre y cuando reúnan los requisitos relativos a haber cumplido 55 años de edad y, haber cotizado el número mínimo de semanas establecido para el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, al que se refiere el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003.

A su vez, previó que la edad para el reconocimiento especial de vejez se disminuirá en un año por cada 60 semanas de cotización especial, adicionales a las mínimas requeridas en el Sistema General de Pensiones, sin que dicha edad pueda ser inferior a cincuenta (50) años.

De esa manera, se tiene que en este asunto está probado:

- i. Que el demandante nació el 15 de septiembre de 1960 (pág. 5, arch. 1);
- ii. Que el 23 de agosto de 2013, solicitó el reconocimiento y pago de una pensión de vejez especial por exposición a altas temperaturas en virtud de su vinculación laboral con Cristalería Peldar SA (arch. *GRP-FSP-AF-2013_5821028-20140327134342*, carp. 3) y *GEN-ANX-CI-2013_5821028-20140327134342*, carp. 3);
- iii. Que dicho pedimento fue negado por la encartada mediante Resolución n.º 338265 del 4 de diciembre de 2013, con fundamento en que no se reunían los requisitos mínimos de semanas de cotización y edad, previstos en la Ley 797 de 2003 (arch. *GRF-AAT-RP-2013_5821028-1386165947695*, carp. 3), decisión que fue confirmada en el acto administrativo n.º VPB 8169 del 22 de mayo de 2014, notificado el 9 de junio de 2014, indicando que a partir del 20 de junio de 1994, se verificaban períodos en los que no se había cotizado el 6% y el 10% adicional por actividades de alto riesgo, de modo que el gestor no era beneficiario del régimen de transición, al no contar con las semanas cotizadas, con el porcentaje adicional, ni con el requisito de edad, consagrados en el art. 4º del Decreto 2090 de 2003 (arch. *GRF-AAT-RP-2014_68391-20140527021511*, carp. 3).
- iv. Que el 30 de marzo de 2016, el gestor solicitó nuevamente el reconocimiento pensional (arch. *GRP-FSP-AF-2016_3015884-20160330122502*, carp. 3).
- v. Que mediante Resolución n.º GNR 166073 del 7 de junio de 2016, la entidad convocada puso de presente que en la historia laboral se verificaban los ciclos cotizados por alto riesgo por medio del empleador Cristalería Peldar SA, desde enero de 1995 hasta abril de 2016, por lo cual era procedente el reconocimiento pensional al amparo de lo normado en el Decreto 2090 de 2003; así mismo, que el estatus de pensionado se había verificado el 27 de diciembre de 2012 y la fecha de efectividad sería el 1º de junio de 2016 (arch. *GRF-AAT-RP-2016_3015884-20160607071321*, carp. 3).

- vi. Que mediante Resolución n.º GNR 368731 del 6 de diciembre de 2016, se rechazaron por extemporáneos los recursos de reposición y apelación formulados contra el anterior acto administrativo, y en consecuencia, se negó la reliquidación de la pensión de vejez especial por actividades de alto riesgo (arch. *GRF-AAT-RP-2016_14130622_9-20161206124719*, carp. 3).

Con esto, al verificar la historia laboral adosada encuentra la Sala que el derecho pensional del gestor, al amparo de la normatividad aplicable, en efecto se causó el 27 de diciembre de 2012, como lo estableció la convocada a juicio en el acto administrativo de reconocimiento de la prestación, pues en ese momento confluyeron los requisitos para que se diera la disminución de la edad hasta los 52 años (15 de septiembre de 2012), en la medida en que las mínimas requeridas en ese año eran 1225, y por tanto, para la disminución de la edad en 3 años, el afiliado debía contar con 1405 semanas cotizadas al sistema general de pensiones, las cuales alcanzó en esa precisa fecha, de las cuales 880 semanas debían ser con cotización especial o en trabajos de alto riesgo, y registraba 925,29.

En cuanto al disfrute de la prestación, se recuerda que los arts. 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, aplicables por remisión del inc. 2º del art. 31 de la Ley 100 de 1993, diferencian entre la causación y el disfrute de la pensión de vejez o de jubilación, indicando que se reconocerá a solicitud del interesado reunidos los requisitos mínimos, previa desafiliación formal al régimen y teniendo en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo.

La jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que existen situaciones especiales de las que se puede inferir que el afiliado ha sido conminado a seguir cotizando en virtud de la conducta renuente de la entidad de seguridad social a reconocer la pensión que ha sido solicitada en tiempo, caso en el cual la prestación debe reconocerse desde la fecha en que se han completado los requisitos (CSJ SL5603-2016, CSJ SL9036-2017, CSJ SL15559-2017, CSJ SL11005-2017, CSJ SL11895-2017, y CSJ SL17388-2017 y CSJ SL415-2018); o cuando el acto de desafiliación al régimen puede inferirse de la concurrencia de varios hechos, como la terminación

del vínculo laboral del afiliado, la falta del pago de cotizaciones, y el cumplimiento de los requisitos en materia de edad y de cotizaciones, que no dejen duda de la intención del afiliado de cesar su vinculación al sistema en procura de la obtención del derecho pensional (CSJ SL 38776, 1º feb. 2011, CSJ SL4611-2015; CSJ SL 18447 y CSJ SL5603 de 2016, CSJ SL9036-2017, CSJ SL3114, CSJ SL4219 y CSJ SL963-2018, y CSJ SL1028-2019).

En este asunto, se advierte entonces que para el 23 de agosto de 2013, cuando se elevó la primera solicitud de reconocimiento pensional por el actor, aquel ya había causado el derecho pensional, sin que existiera duda sobre las semanas de cotización especial, pues las mismas fueron reportadas por la empleadora Cristalería Peldar SA desde el 1 de enero de 1995 hasta el 2016, situación que así fue reconocida por la llamada a juicio en la Resolución GNR 166073 del 7 de junio de 2016.

De modo que aunque para la fecha de la reclamación, no existía retiro formal del sistema, es válido colegir que para ese momento el gestor expresó su ánimo de desafiliación y que la entidad actuó con negligencia al denegar el derecho mediante Resolución n.º 338265 del 4 de diciembre de 2013, con fundamento en que no se reunían los requisitos mínimos de semanas de cotización y edad, previstos en la Ley 797 de 2003, disposición que no era aplicable al caso; y luego, al afirmar en el acto administrativo n.º VPB 8169 del 22 de mayo de 2014, notificado el 9 de junio de 2014, que a partir del 20 de junio de 1994, se verificaban períodos en los que no se había cotizado el 6% y el 10% adicional por actividades de alto riesgo, cuando tal situación no era cierta.

Sin embargo, la decisión de primer grado se mantendrá incólume al verificarse que la totalidad del retroactivo pensional solicitado se encuentra afectado por el fenómeno jurídico de la prescripción, toda vez que la demanda se instauró el 4 de marzo de 2020 (pág. 56, arch. 1), y la última reclamación que data del 30 de marzo de 2016, fue resuelta de manera definitiva mediante Resolución n.º GNR 166073 del 7 de junio de 2016, notificada el 5 de julio de 2016 (arch. *GEN-RES-CO-2016_7645544-20160705045645*, carp. 3), pues los recursos formulados contra la misma fueron extemporáneos (arch. *GRF-AAT-RP-2016_14130622_9-20161206124719*, carp. 3), de manera que entre una y otra fecha transcurrió un término mayor de 3 años, de acuerdo con lo previsto en el art. 151 del CPTSS.

Sin costas en la instancia, ante su no causación.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 23 de febrero de 2022 por el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá DC, según lo motivado.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente



MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

Expediente digital:

<https://etbcsj->

[my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/Epf5mogOfBVMnBJAs-LnSEQBmZLq-ikXXsF5SNJwShomxg?e=EQ5MSi](https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/Epf5mogOfBVMnBJAs-LnSEQBmZLq-ikXXsF5SNJwShomxg?e=EQ5MSi)

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

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

Código de verificación: **561b246a754e2dab08c07d93c304186c2ce57cc82a341bb1a43eb94423dcb5d2**

Documento generado en 15/05/2023 09:35:31 AM

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



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

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN: 11001 31 05 **023 2022 00149 01**
DEMANDANTE: ERNESTO ESGUERRA ROA
DEMANDADAS: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA

Bogotá DC, quince (15) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados MILLER ESQUIVEL GAITÁN, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, respecto de la sentencia proferida el 19 de septiembre de 2022, por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende el demandante que se declare la ineficacia de la afiliación y traslado en pensiones realizado por medio de la AFP Porvenir SA, y en consecuencia, se condene a dicho fondo a trasladar todos los aportes, junto con sus rendimientos y gastos de administración, a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, y a esta, a activar la afiliación en el RPM desde el 25 de agosto de 1986, aceptar y recibir los aportes respectivos.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 27 de julio de 1961; estuvo afiliado al extinto ISS desde el 25 de agosto de 1986 hasta el 31 de julio de 1994; que efectuó aportes a pensión al RAIS desde

el 1º de septiembre de 1994, y el 3 de agosto de ese año diligenció el respectivo formulario de afiliación a Porvenir SA, momento en el que no se le brindó información adecuada y completa para proceder al cambio del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad (págs. 1 a 16, carp. 1).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda se admitió el 16 de mayo de 2022, ordenando su notificación y traslado a las demandadas (carp. 4), quienes dieron respuesta en término oportuno.

Colpensiones presentó oposición a lo pretendido. En su defensa propuso como excepciones las de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, 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, 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 y prescripción (págs. 1 a 18, carp 6).

Porvenir SA, para oponerse a las pretensiones excepcionó prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (págs. 2 a 39, carp. 7)

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, a pesar de haber sido legalmente notificada guardó silencio (carp. 8).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 19 de septiembre de 2022, declaró la ineficacia del traslado efectuado al RAIS administrado por Porvenir SA; en consecuencia, condenó a dicho fondo a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del 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 efectiva de su pago. A su vez, condenó a Colpensiones a recibir al señor Ernesto Esguerra Roa 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.

Consideró que conforme a la normatividad vigente para la época del traslado de régimen del demandante y a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, el deber de información está radicado en cabeza de las AFP, sin embargo, no se aportaron medios de convicción tendientes a demostrar que al gestor se le brindaron las explicaciones debidas e información veraz, completa y precisa sobre las reales implicaciones del acto que estaba celebrando; señaló que a pesar de que se allegó el formulario de afiliación suscrito por el demandante, dicha documental no acreditaba por sí sola el hecho debatido.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Porvenir SA, argumentó que la jurisprudencia a la que acudió el *a quo* no puede ser aplicada de manera homogénea e indiscriminada, pues en este caso particular se probó que el demandante se trasladó en forma libre y voluntaria, sin presiones e informada, conociendo las implicaciones de su traslado y las características propias del RAIS, tales como las posibilidades que tenía de heredar su pensión, de obtener rendimientos, de realizar aportes voluntarios y que sus aportes iban a estar depositados en una cuenta de ahorro individual, de conformidad con la normatividad vigente para el año 1994, pues aquel en el interrogatorio de parte dio cuenta de dicha situación. Agregó, que en todo caso, las condiciones, características y ventajas de cada régimen se encontraban establecidas en la Ley 100 de 1993, por lo que el gestor pudo validar en cualquier momento el alcance de la información que había recibido.

Sobre la devolución de los rendimientos, adujo que no procede debido a que la declaratoria de ineficacia implica que los mismos no se ocasionaron, así como tampoco hay lugar al reintegro de los gastos de administración y seguros previsionales, ya que estos se encuentran previstos en el art. 20 y siguientes de la Ley 100 de 1993, de manera que el último concepto ya no se

encuentra en poder de esa AFP, sino de las aseguradoras contratadas para cubrir los riesgos de invalidez y muerte.

Finalmente, argumentó que la devolución dispuesta no debe darse de manera indexada, ya que ello implicaría una doble condena, al haberse ordenado además el reintegro de los rendimientos; y, que tampoco había lugar a condenar al pago de agencias en derecho, porque el traslado de régimen reviste plena validez, ya que se cumplieron todos los requisitos legales vigentes.

Colpensiones, señaló que en este caso no se probaron elementos que evidencien la configuración de vicio del consentimiento o dolo, pues el gestor no tenía una expectativa legítima, ya que al momento del traslado contaba con menos de 750 semanas y le hacían falta más de 20 años para acceder a la pensión de vejez, en los términos explicados en la sentencia C-789-02 de la Corte Constitucional, ya que aquel se encuentra inmerso en la prohibición de reintegro al RPMPD establecida en la Ley 797 de 2003, de ahí que no son aplicables requisitos establecidos en las sentencias SU-062-2010 y SU-130-2013, sin que la simple inconformidad que él tenga respecto del valor que puede recibir como mesada pensional en el RAIS, implique que el tránsito tuvo lugar debido a un engaño o por la equivocada información suministrada por el fondo privado.

Agregó que en este caso se prueba que la información brindada por Porvenir SA fue completa y suficiente, pues el gestor admitió en el interrogatorio de parte que tenía conocimiento de las condiciones del RAIS, relacionadas con que la pensión era heredable, que podía realizar aportes voluntarios y que sus aportes pasarían a una cuenta de ahorro individual y sobre algunos requisitos en el régimen de primera media para pensionarse, como que debía acreditar una edad y una densidad de semanas específicas.

Expuso, que en este caso lo que existió fue el descuido o desinterés por parte del gestor, ya que aquel decidió continuar cotizando al RAIS de manera libre y voluntaria por más de 20 años.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 10 de octubre de 2022 se admitió el recurso interpuesto y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones; y, conforme a lo normado en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (arch. 4 C002).

El demandante y Porvenir SA, presentaron alegaciones de instancia, la primera solicitando que se confirme la sentencia impugnada y la segunda reiterando los argumentos expuestos en la alzada (arch. 05 C002).

VI.ACLARACIÓN PREVIA

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

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

VII. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada y el grado jurisdiccional de consulta, y de conformidad con lo previsto en los artículos 66A y 69 del CPTSS, el problema jurídico a resolver, consiste en verificar si el traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, surtió plenos efectos jurídicos, o si por el contrario, fue ineficaz por falta de información suficiente por parte de la administradora privada demandada, que le permitiera contar con un consentimiento informado en la celebración del acto jurídico; y en tal caso, cuáles son las consecuencias jurídicas de tal declaratoria.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** el demandante cotizó al extinto ISS entre el 25 de agosto de 1986 y el 31 de julio de 1994 un total de 140,86 semanas (págs. 44, carp. 1); y, **ii)** el 3 de agosto de 1994 se trasladó al RAIS administrado por la AFP Porvenir, con fecha de efectividad desde el 1º de septiembre de esa anualidad (págs. 40 y 85, carp. 7), administradora en la que actualmente se encuentra afiliado

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo

aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

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

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

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

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

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

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

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

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

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

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

En el caso que ocupa la atención de esta Sala, el demandante se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por **Porvenir SA**, el 3 de agosto de 1994 con efectividad a partir del 1º de septiembre de esa anualidad, y si bien en el formulario de vinculación se hace referencia expresa a que la decisión se adoptó de manera libre, espontánea y sin presiones, conforme al mandato del art. 114 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con lo previsto en el art. 11 del Decreto 692 de 1994, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna, suficiente y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Así como tampoco, basta la aceptación hecha en la declaración de parte relacionada con que sabía que para pensionarse con el ISS debía cumplir una edad y unas semanas y que sus aportes se trasladarían y estarían consignados en una cuenta de ahorro individual, pues esas solas situaciones no demuestran que el gestor en ese momento contara con elementos de juicio suficientes para determinar, según sus intereses, qué resultaba más benéfico en su caso, y de ese modo, expresar su voluntad de manera informada

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP Porvenir SA, que hubiere suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración del acto jurídico de traslado de régimen, para establecer la existencia de un consentimiento informado por parte del afiliado para esa época, tal como lo concluyó el *a quo*, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico de la afiliación al régimen de ahorro individual, así como del traslado posterior verificado, por lo que se **confirmará** la decisión de declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** de régimen pensional realizado por el demandante el 3 de agosto de 1994 con su afiliación a la AFP Porvenir SA, efectiva desde el 1º de septiembre de la misma anualidad.

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

Por lo expuesto, se **adicionará** el numeral **segundo** de la sentencia apelada y consultada, para ordenar a las AFP Porvenir, que efectúe la devolución de la totalidad de los conceptos mencionados, debidamente indexados, puesto que dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social, y resultan necesarios para la financiación de las prestaciones económicas que correspondan en el régimen de prima media.

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

Finalmente, y en lo que a la condena en costas se refiere, la Sala recuerda que éstas son la erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida en un proceso judicial, y comprende las expensas y las agencias en derecho. En ese orden de ideas, de conformidad con el artículo 365 del CGP, las costas son a cargo de la parte vencida en el proceso, en este caso, debió la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA, en la medida en que fue dicha entidad con la que se llevó a cabo el acto de traslado de régimen pensional y respecto de quien se encuentra probado el incumplimiento del deber de información. Por lo que sobre el particular se **confirmará** la decisión de primer grado.

Sin costas en la alzada.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ DC**, 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 19 de septiembre de 2022, por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en cuanto a que la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA**, deberá devolver también con destino a Colpensiones, los valores descontados por concepto de primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración, debidamente indexados y con cargo a

¹ CSJ SL1688-2019.

sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado, y demás conceptos objeto de devolución, según lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

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

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente



MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:

https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EtV-CJvYKZVLvhVlcOOHiEYBZwlNEMlt8xfPsLjbdspQMw?e=DCSggI

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

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

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

Código de verificación: **1d3a8e32557da80b42396a9d5868fb7eff0a08ef9bce6f169a878bbb408d25ad**

Documento generado en 15/05/2023 09:35:33 AM

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



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

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN: 11001 31 05 **024 2021 00392 01**
DEMANDANTE: JOSÉ RICARDO HIGUERA BARRERA
DEMANDADOS: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA.

Bogotá DC, quince (15) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados MILLER ESQUIVEL GAITÁN, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, respecto de la sentencia proferida el 29 de septiembre de 2022, por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende el demandante que se declare la ineficacia del traslado que efectuó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones, antes ISS, al Régimen de Ahorro Individua con Solidaridad, y por lo tanto, la nulidad de la afiliación realizada a la AFP Porvenir desde el 1º de enero de 2001; en consecuencia, que se ordene su regreso automático al RPMPD; a Porvenir la devolución inmediata de todos los valores recibidos con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con los rendimientos que se hubieren causado; y a Colpensiones la aceptación de su regreso automático al RPMPD.

Como fundamento de sus pretensiones, expone que nació el 26 de diciembre de 1963, el 9 de septiembre de 1988 se afilió al Sistema Pensional, y el 21 de enero de 2001 se trasladó del ISS a la AFP Porvenir; que nunca recibió asesoría o información detallada de cada régimen, para decidir de forma consciente e informada a cuál acogerse; que Porvenir no le explicó el funcionamiento y dinámica para ilustrar su decisión de afiliarse a dicho fondo; que a 31 de marzo de 2020 ha cotizado un total de 1039 semanas y cuenta con 50 en el RPMPD; que por medio de sus asesores, Porvenir le aseguró que podría pensionarse con 1000 semanas, y no es cierto; que el 26 de junio de 2020 solicitó a las demandadas el traslado de régimen pensional sin recibir respuesta de fondo de Colpensiones; y que, las firmas en el formulario de afiliación no corresponden a la suya, como se ve reflejado en el citado derecho de petición (pág. 5 a 13, arch. 04, C001).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue admitida luego de ser subsanada, el 22 de febrero de 2022, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas, a quienes en auto del 2 de septiembre de 2022 se les tuvo por contestada (arch. 07 y 13, C001).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones, invocando como medios de defensa las excepciones que denominó la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen; responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social; sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación; el error de derecho no vicia el consentimiento; inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política); buena fe de Colpensiones; cobro de lo no debido; falta de causa para pedir; presunción de legalidad de los actos jurídicos; inexistencia del derecho reclamado; y prescripción (pág. 2 a 25, arch. 09, C001).

Porvenir se opuso a todas y cada una de las pretensiones, invocando en su defensa las excepciones de prescripción; prescripción de la acción de nulidad; cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación; y, buena fe (pág. 2 a 28, arch. 10, C001).

La **Agencia Nacional de Defensa Jurídica el Estado**, guardó silencio pese a haber sido notificada en debida forma (arch. 11, C001).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 29 de septiembre de 2022, declaró la ineficacia de la afiliación del actor al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de Porvenir, el 28 de noviembre de 2000, efectiva a partir del 1º de enero de 2001, y que para todos los efectos legales siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida; ordenó a Porvenir trasladar a Colpensiones todos los valores recibidos con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, con frutos e intereses, junto con rendimientos financieros, aportes al fondo de garantía de pensión mínima, gastos de administración debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades; y a Colpensiones recibir al actor como su afiliado, actualizar y corregir su historia laboral una vez reciba los dineros a trasladar; declaró no probadas las excepciones; y se abstuvo de condenar en costas.

En síntesis, la juez de primer grado estableció que, conforme a la doctrina probable de la Corte Suprema de Justicia, y a lo dispuesto en el art. 97 del Decreto 663 de 1993, vigente para fecha del traslado del demandante, la obligación de dar información necesaria hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, ventajas y desventajas, las consecuencias jurídicas del traslado, y comprende todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible; que la carga de la prueba del cumplimiento del deber de información al momento del traslado lo soportan las administradoras de pensiones, que fue incumplida, por cuanto no es suficiente el formulario de afiliación, que contiene la voluntad de afiliación pero no la información que se suministró; que del interrogatorio de parte no se deduce confesión alguna; por lo que concluyó la ausencia de una libertad informada, la omisión denunciada al deber de información, lo que genera la invalidez de la afiliación, siendo procedente declarar la ineficacia, según la jurisprudencia laboral.

Precisó que con la devolución de todos los valores recibidos en el régimen de ahorro individual, con rendimientos y gastos de administración descontados, como consecuencia de lo anterior, no se afecta la sostenibilidad de financiera del derecho; y que la seguridad social es un derecho imprescriptible, por lo que también lo son la ineficacia de pensión y sus consecuencias.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Porvenir inconforme con la decisión, interpuso recurso solicitando se revoquen las condenas impuestas, argumentando que si bien es cierto el precedente pacífico en materia de deber de información, no se debe aplicar de manera homogénea, debe existir similitud fáctica de las condiciones de cada caso; que conforme al material probatorio el traslado es válido, de dio de manera libre, voluntaria, consciente e informada, los promotores comerciales le brindaron la información necesaria y suficiente respecto a las consecuencias de su traslado pensional, atendiendo a la normativa vigente para el año 2000; que no puede entenderse que la firma del formulario no denote su conocimiento de las consecuencias y condiciones de su vinculación al RAIS, o sea medio probatorio suficiente para demostrar el consentimiento informado; que la responsabilidad profesional de la administradora no eximía al demandante de indagar sobre las implicaciones del traslado de régimen y actuar con mediana diligencia; que la condena a trasladar los gastos de administración es inequitativa, por cuanto se le despoja de unas sumas causadas por la correcta actividad administradora, lo que fue origen de los rendimientos financieros que reposan en la cuenta de ahorro individual, que superan con creces los que se habrían generado en el ISS, hoy Colpensiones; que fue la Ley 100 de 1993 la que concedió la posibilidad de destinar del monto de los aportes los gastos de administración, de los que no puede ordenarse reintegro, porque se generaría un enriquecimiento sin causa en favor de Colpensiones, además no están llamadas a financiar la pensión del afiliado; finalmente, solicita revocar la orden de trasladar tales valores indexados, porque se generaría una doble condena, al ordenar también la devolución de rendimientos financieros.

Colpensiones interpuso recurso solicitando que se revoque la decisión, porque no se tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica, porque Colpensiones es un tercero ajeno a los actos celebrados entre el actor y los fondos privados, que tienen efectos interpartes, por lo que la entidad no puede verse

favorecida ni perjudicada con la declaratoria de ineficacia del traslado, por lo que solicita no ser condenada a recibir al actor en el RPM, pues con esa decisión se afecta el equilibrio financiero del sistema pensional, teniendo en cuenta el impacto que produce en el producto interno bruto, en la reserva pensional; que el demandante se encontraba en la prohibición de traslado de régimen pensional; que en caso de nulidad o ineficacia de traslado, hay lugar a reintegrar la totalidad de cotizaciones; y, solicita que en ese evento, se disponga la condena a las AFP a pagar los perjuicios económicos generados a la entidad, en virtud de la teoría del daño.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 16 de enero de 2023, se admitieron los recursos de apelación interpuestos, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, y conforme a lo normado en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (arch. 04, C002).

Las recurrentes presentaron alegaciones, reiterando los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, así como en la alzada (arch. 06 y 08, C002).

VI. ACLARACIÓN PREVIA

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

de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, de conformidad con lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

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

VII. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada y el grado jurisdiccional de consulta, y de conformidad con lo previsto en los artículos 66A y 69 del CPTSS, el problema jurídico a resolver, consiste en verificar si el traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, surtió plenos efectos jurídicos, o si por el contrario, fue ineficaz por falta de información suficiente por parte de la administradora del RAIS demandada, que le permitiera contar con un consentimiento informado en la celebración del acto jurídico; y en tal caso, cuáles son las consecuencias jurídicas de tal declaratoria.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** El demandante cotizó a través del Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones desde el 23 de mayo de 1989 hasta el 30 de noviembre de 1994, un total de 46.29 semanas (pág. 2, arch. 12, C001); y, **iii)** se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Porvenir, el 28 de noviembre de 2000 (pág. 32, arch. 10, C001), en la que se encuentra afiliado en la actualidad.

El traslado de régimen por vinculación a una AFP, es un acto jurídico que requiere para su eficacia y validez, del consentimiento exento de vicios, objeto y

causa lícita, así como el cabal cumplimiento de la forma solemne en los actos o contratos que así lo exijan.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

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

En el caso que ocupa la atención de esta Sala, el demandante se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Porvenir desde el 28 de noviembre de 2000, con efectividad a partir del 1º de enero de 2001, AFP a la que se encuentra actualmente afiliado, y si bien en el formulario de vinculación se hace referencia expresa a que la decisión se adoptó de manera libre, espontánea y sin presiones, conforme al mandato del art. 114 de la Ley 100

de 1993, en concordancia con lo previsto en el art. 11 del Decreto 692 de 1994, esa sola afirmación, y toda la allí contenida, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna, suficiente y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

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

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

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

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

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

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

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

Por otra parte, respecto a los traslados posteriores y los actos de relacionamiento, se advierte que la alta corporación, en sentencias CSJ SL, 9

sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL5686-2021 precisó que, una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto no se convalida por los tránsitos que los afiliados hagan entre administradoras del régimen de ahorro individual. Así lo expuso en la primera decisión citada:

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

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

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

vigente, como necesaria y mínima compensación que en modo alguno genera un enriquecimiento sin causa, como lo aduce la recurrente.

Por lo expuesto, se **adicionará** el numeral **tercero** de la sentencia, para ordenar a la AFP Porvenir demandada, la devolución de la totalidad de los conceptos mencionados, puesto que dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social, y resultan necesarios para la financiación de las prestaciones económicas que correspondan en el régimen de prima media.

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

En torno a la solicitud efectuada por el apoderado de Colpensiones al finalizar la sustentación de la alzada, respecto a que se condene a las administradoras de fondos de pensiones vinculadas al proceso a **indemnizar** a la entidad los **perjuicios** que se ocasionen como consecuencia de la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen de la demandante y su activación en el régimen de prima media, advierte la Sala que ello no hizo parte del objeto de este litigio ni del debate probatorio, razón por la cual no es posible emitir una decisión de fondo respecto al particular, sin que ello obste para que, de considerarlo pertinente y procedente, la entidad inicie las acciones respectivas, y acredite los perjuicios a los que hace referencia, mediando el trámite adecuado, con observancia de las garantías legales y constitucionales, en particular, del debido proceso, derechos de defensa y contradicción.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

¹ CSJ SL1688-2019.

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

RESUELVE:

PRIMERO: PRECISAR y ADICIONAR el numeral **tercero** de la sentencia proferida el 29 de septiembre de 2022, por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en cuanto a que, la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA**, deberán devolver también, con destino a **Colpensiones**, además de los conceptos allí relacionados, los valores descontados de los aportes efectuados con ocasión de la vinculación del demandante, por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales y porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, estos debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, discriminando la totalidad de los conceptos objeto de devolución, con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado, según lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada, acorde con la motivación expuesta.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente



MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado

Hipervínculo al expediente digital* [11001310502420210039201](https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/11001310502420210039201)

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

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

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

Código de verificación: **06edf99af86e4ff477b55ec46d522566adc214cd583920269cc730308f306d56**

Documento generado en 15/05/2023 09:35:34 AM

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

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



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

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN. 11001 31 05 **031 2021 00207 01**
DEMANDANTE: MAXIMINIO MANCILLA PEÑA
DEMANDADO: FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS,
CESANTÍAS Y PENSIONES FONCEP y la UNIDAD
ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y
MANTENIMIENTO VIAL - UAERMV

Bogotá DC, quince (15) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados MILLER ESQUIVEL GAITÁN, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia proferida el 24 de marzo de 2022, por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende el demandante que se ordene el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación convencional según lo dispuesto en el art. 38 de la CCT suscrita el 24 de mayo de 1997 entre Bogotá DC y la Secretaría de Obras Públicas de Bogotá, a partir del 17 de agosto de 1999, momento en que cumplió los 59 años de edad, junto con la indexación de la primera mesada pensional, aplicando el aumento salarial mínimo legal conforme el par. del art. 33 *idem*, desde que se desvinculó el 29 de diciembre de 1995, es decir que la primera mesada pensional asciende a \$1.665.036,50, más las mesadas adicionales de junio y diciembre; se ordene reconocer y pagar a partir del 17 de agosto de 1999 las diferencias entre lo devengado y recibido como mesadas de la pensión de jubilación y la pensión convencional aquí pretendida *«que se aumentará anualmente de acuerdo al*

SMLMV hasta el momento en que sea vinculado en la nómina de pensionados con el mayor valor que actualmente le corresponde», la indexación del retroactivo debido y los intereses moratorios que se produzcan desde la ejecutoria de la sentencia, conforme la tasa máxima de interés, para evitar la mora en el cumplimiento del fallo (págs.. 1, 2 archs. 1, 14 C01).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, afirma que nació el 17 de agosto de 1949 y cumplió 50 años de edad en 1999; laboró para la Secretaría de Obras Públicas de Bogotá DC, hoy Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial - UAERMV, entre el 3 de marzo de 1975 y el 29 de diciembre de 1995, fecha para la cual devengaba un salario promedio mensual de \$1.116.947,81, que sirvió como base de liquidación del auxilio de cesantías definitivo; mediante Resolución n° 1520 de 2005 la Secretaría Distrital de Hacienda, le reconoció la pensión de jubilación a partir del 17 de agosto de 2004 en cuantía de \$1.015.469; el 21 de noviembre de 2018 solicitó el reconocimiento de la pensión convencional a la UAERMV, la cual fue negada; el 1° de agosto de 2019 reclamó el pago de dicha prestación al Foncep, pero mediante Resolución SPE-GDP n° 000903 del 3 de septiembre de 2019 negó el derecho, por no contar al momento del retiro con 50 años de edad (págs. 2, 3 *ídem*).

II. TRÁMITE PROCESAL

Previa subsanación se admitió la demanda mediante auto proferido el 26 de mayo de 2021, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (arch, 15 C01), que la contestaron dentro del término legal oportuno.

El Foncep se opuso a lo pretendido por cuanto para la fecha de la suscripción de la CCT base de las pretensiones, el demandante no ostentaba la calidad de trabajador. Excepcionó la inexistencia del derecho alegado y prescripción (pág. 1-6 arch. 18, 20).

La UAERMV contestó la demanda con oposición, bajo el argumento de que no tiene competencia para reconocer y pagar algún tipo de condena de naturaleza pensional, ni está legitimada para ello, para tal efecto la entidad que se encuentra a cargo es el Foncep cuando se trata de entidades liquidadas como lo es la Secretaría Distrital de Obras Públicas, aunado a que el demandante no cumplió los presupuestos exigidos en la convención colectiva de trabajo, en vigencia de su

contrato de trabajo. Propuso como excepción previa la de falta de legitimación en la causa por pasiva, junto con la de mérito de prescripción (pág. 1-12 arch. 19, 22 *ídem*).

III.SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 24 de marzo de 2022, absolvió a las demandadas de todas las pretensiones incoadas en su contra, e impuso costas a cargo del demandante, tras considerar que la convención colectiva de trabajo aportada y firmada el 24 de mayo de 1996 solo tiene vigencia hacia futuro, sin que dentro de sus acápites se le hubiera dado un efecto retroactivo, ni tampoco al art. 38 que reguló lo atinente a la pensión de jubilación, por ende, al haberse retirado el 29 de diciembre de 1995 de la Secretaría de Obras Públicas de Bogotá, al demandante no le era aplicable tal disposición; finalmente explicó lo atinente a lo que se debe entender por derechos adquiridos y los principios de la condición más beneficiosa, favorabilidad e *in dubio pro operario*, para señalar que al demandante no le es aplicable ninguno de estos conceptos, pues el art. 467 del CST no admite interpretación distinta a la que la convención colectiva es únicamente aplicable a los trabajadores activos de la empresa, por tanto, el cumplimiento de los presupuestos de edad y tiempo de servicios, debe hacerse detentando la calidad de trabajador (arch. 30 y 31).

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El demandante argumentó con base en las sentencias SU-027-2001, SU-241-2015, SU-113-2018, SU-267-2019 y SU-445-2019 de la Corte Constitucional, que no es necesario que la edad se deba cumplir en vigencia del contrato de trabajo, además no es posible desconocer los derechos al debido proceso, igualdad y seguridad social y el principio de favorabilidad, debido a que los trabajadores sin relación vigente también pueden acceder a los beneficios de la convención colectiva de trabajo, máxime cuando la naturaleza de la pensión convencional es la de mejorar las condiciones y beneficios que se tienen con respecto a una pensión de carácter legal, por ende, se le debe dar el mismo trato que a un trabajador que ha completado el estatus legal, se había retirado por 3 o más años antes del cumplimiento de la edad, y solicita la pensión legal, esta se debe otorgar en cuanto cumple la edad, de lo contrario, la pensión convencional perdería su naturaleza.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 13 de mayo de 2022 se admitió el recurso de apelación; y, conforme a lo normado en el entonces vigente art. 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (arch. 4 C02), empero solo el Foncep y el demandante presentaron sus alegaciones de instancia reiterando los argumentos expuestos en la demanda, contestación y recurso (archs. 5 y ss *idem*).

VI. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada, y conforme a lo dispuesto en el art. 66A del CPTSS, el problema jurídico a resolver, consiste en verificar si era necesario que el demandante cumpliera los requisitos establecidos en el art. 38 de la CCT suscrita el 24 de mayo de 1997 entre Bogotá DC y la Secretaría de Obras Públicas de Bogotá, en vigencia del contrato de trabajo que sostuvo con esta última entidad, con el fin de establecer si el demandante causó o no el derecho a la pensión de jubilación convencional reclamada.

No es objeto de controversia y se encuentra debidamente acreditado que: *i*) el demandante nació el 17 de agosto de 1949 (pág. 33 arch. 2, págs. 52 arch. 14, págs. 55, 59, 117 arch. 18 C01); *ii*) prestó sus servicios en calidad de trabajador oficial como Operario IV a la extinta Secretaría Distrital de Obras Públicas entre el 3 de marzo de 1975 y el 29 de diciembre de 1995 (págs. 6-9, 22, 25 arch. 2, págs. 25-28, 41, 44 arch. 14, págs. 53, 56, 58, 91, 119, 230 arch. 18); *iii*) el 24 de mayo de 1996 se suscribió una Convención Colectiva de Trabajo entre la entonces Santa Fe de Bogotá DC y el Sindicato de Trabajadores de la Secretaría de Obras Públicas de Santa Fe de Bogotá DC - SOP, organización sindical de empresa y de primer grado, la cual fue allegada con la respectiva constancia de depósito ante el Ministerio de Trabajo (archs. 10, 11, págs. 196-231 arch. 14); *iv*) mediante Resolución n° 1520 de 2005 la Subdirección de Obligaciones Pensionales de la Secretaría de Hacienda de Bogotá, le reconoció al actor la pensión de jubilación regulada en la Ley 33 de 1985, a partir del 17 de agosto de 2004 en cuantía inicial de \$1.015.469 (págs.. 15-20, 27-32 arch. 2, págs. 34-40, 46-51 arch. 14, págs. 172-183, 234, 276-281 arch. 18).

La citada convención colectiva estableció en su art. 4º que siempre que en dicho texto se emplee el término o las expresiones “*trabajador o trabajadores se referirá a los trabajadores oficiales al servicio de Santa Fe de Bogotá Distrito Capital (Secretaría de Obras Públicas) beneficiarios de la presente Convención Colectiva de Trabajo y comprende tanto al personal masculino como al femenino salvo que la norma se refiera a uno de los 2 sexos*”; a su vez, en el art. 38 se reguló como una de las prestaciones sociales convencionales, la pensión mensual vitalicia de jubilación a cargo de la entonces Santa Fe de Bogotá DC, para “*todos los trabajadores de la Secretaría de Obras Públicas que hayan cumplido 50 años de edad y 20 años de servicios continuos o discontinuos a Santa Fe de Bogotá DC*” en cuantía del 75% del total devengado por el *trabajador* en el último año efectivo de servicios.

De otro lado, el art. 67 establece el campo de aplicación de dicha CCT para *todos los trabajadores dependientes* de la Secretaría Distrital de Obras Públicas de Bogotá DC; por su parte, el art. 68 extiende los beneficios a terceros, pero para que *todos los trabajadores no sindicalizados* se beneficien de la misma, quedando obligados por este solo hecho a contribuir al Sindicato con una suma igual a la cuota sindical ordinaria, además del descuento especial por beneficio de la CCT de que trata el art. 69. Y el art. 71 dispuso como vigencia de dicho texto *un año* comprendido entre el 1º de enero y el 31 de diciembre de 1996.

Si bien, el demandante prestó servicios a la Secretaría de Obras Públicas - SOP durante 20 años, 9 meses y 27 días, lo cierto es que por una parte para el momento en que empezó a regir esta disposición convencional sobre la cual basa sus pretensiones, ya no ostentaba la calidad de trabajador oficial, pues su desvinculación ocurrió el 29 de diciembre de 1995, mientras que la Convención Colectiva de Trabajo se celebró el 24 de mayo de 1996, con vigencia a partir del 1º de enero de dicho año, sin que en ninguno de sus apartes se hubiera consagrado la aplicación retroactiva a dicha data; y, por otra parte, los 50 años que consagra el citado art. 38 los alcanzó el actor el 17 de agosto de 1999, sin que para dicha época se itera, tuviera la condición de *trabajador dependiente al servicio* sindicalizado o no de la SOP, como lo establecen los arts. 4º, 67 y 68 *idem*.

Es decir, que solo podía acceder a lo pretendido, si el demandante acreditaba el cumplimiento de la totalidad de requisitos para la causación de la pensión de jubilación prevista en el art. 38 convencional, mientras hubiera sido

beneficiario de la convención colectiva objeto de estudio, que no lo fue debido a su desvinculación anterior a la entrada en vigencia de tal disposición, razón por la cual se concluye que no causó el derecho pretendido, en el tiempo en el que tuvo la condición de trabajador dependiente al servicio de la Secretaría de Obras Públicas de Bogotá, es decir, en vigencia del contrato de trabajo y ostentando la calidad de trabajador oficial al tenor de lo dispuesto en los arts. 467 y 468 del CST, y por tanto, la expectativa de adquirir el referido derecho no se consolidó, pues dentro de las disposiciones del texto que se pretende traer como fundamento jurídico de las pretensiones del actor, no se estableció expresamente que sus condiciones rigieran las relaciones de antiguos trabajadores desvinculados de la entidad.

En similares términos se pronunció nuestro Máximo Órgano de Cierre en la sentencia CSJ SL2478-2017 en la que se estudió un proceso en contra de las mismas entidades aquí involucradas, en el que se solicitó la aplicación de la misma disposición convencional, a pesar de que el retiro había ocurrido el 16 de diciembre de 1994, es decir, con anterioridad a la entrada en vigencia de la CCT que hoy pretende el demandante se aplique: *«Del contenido de la previsión, surge con nitidez que las partes no estipularon expresamente que la prestación pensional de origen convencional pudiera causarse con posterioridad a la terminación del contrato de trabajo; en consecuencia, la única lectura posible de la cláusula, con arreglo al artículo 467 del Código Sustantivo del Trabajo, es que el derecho procede siempre y cuando se reúnan los requisitos de edad y tiempo de servicios mientras esté en vigor el vínculo laboral, como se consideró en el fallo gravado, por lo que el juzgador no incurrió en un defecto valorativo respecto de ese medio de convicción»*; criterio reiterado en la sentencia CSJ SL1695-2019 frente a un extrabajador de la Secretaría de Obras Públicas, que buscó la misma prestación convencional pese a haberse retirado el mismo día que Maximiliano Mancilla Peña, es decir, el 29 de diciembre de 1995.

Así que resulta claro para esta Sala de Decisión que, el Acuerdo Colectivo mediante el cual se creó la prestación de la cual el actor hoy pretende ser su beneficiario, no había nacido a la vida jurídica mientras ostentó la calidad de trabajador oficial, en el entendido de que fija las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia, razón por la cual, en principio y por regla general, solo es aplicable a los trabajadores mientras sus contratos de trabajo subsistan, y sus efectos no se extendieron con posterioridad a la terminación de los mismos, esto es, no cobijaron a los ex trabajadores; y, en todo

caso, aun en gracia de la discusión entendiéndose que era dable dar aplicación a la norma convencional, para la causación del derecho aquí pretendido, se requiere que, en vigencia del contrato de trabajo se dé el cumplimiento tanto del tiempo de servicios como de la edad, pues esta no constituye un simple requisito de exigibilidad, sin que pueda acogerse la tesis del recurrente, ni aun por vía de una interpretación en los términos solicitados.

Es un imperativo legal que los contratos y convenios entre particulares, incluidas en forma genérica las convenciones colectivas, deban interpretarse en atención a la intención que tuvieron quienes la celebraron, si dicha intención es claramente conocida, más que a las palabras de que se hubiesen servido los contratantes, según el art. 1618 del CC (CSJ SL8757-2014 y CSJ SL12944-2014 y CSJ SL1238-2015). De manera que, en los términos en que fue redactada la cláusula 38 convencional no es posible acoger la interpretación sugerida por la parte recurrente, ni aun por principio de favorabilidad.

En consecuencia, se **confirmará** la decisión apelada. Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 24 de marzo de 2022, por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá DC, por las razones expuestas en las consideraciones de esta decisión.

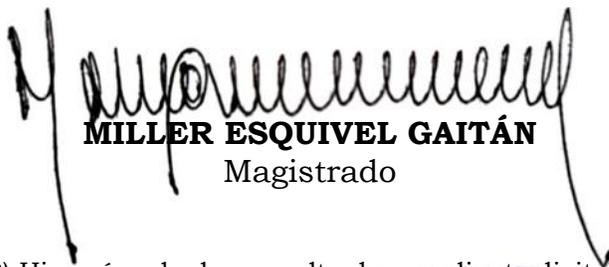
SEGUNDO: Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente



MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:

<https://etbcj->

[my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EojdnNvJ-JIAr8n9Lw1wY2oBaeuOk8XO0zAP1Jj5FdFtiA?e=OZrzCx](https://etbcj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EojdnNvJ-JIAr8n9Lw1wY2oBaeuOk8XO0zAP1Jj5FdFtiA?e=OZrzCx)

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

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

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

Código de verificación: **4b37d41cb557a59d7736c001763648e907933310ef8bf9cf29d2d936c626bf23**

Documento generado en 15/05/2023 09:35:36 AM

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

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



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

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN: 11001 31 05 **036 2020 00019 01**
DEMANDANTE: RAMIRO LIZCANO
DEMANDADOS: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN SA

Bogotá DC, quince (15) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados MILLER ESQUIVEL GAITÁN, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones, y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de esa a entidad, respecto de la sentencia proferida el 19 de septiembre de 2022, por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende el demandante que se declare la ineficacia o nulidad del traslado efectuado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al de Ahorro Individual con Solidaridad por medio de la AFP Protección, en consecuencia, se ordene a dicho fondo trasladar a Colpensiones los aportes realizados, costos de manejo y seguros, con sus respectivos rendimientos, y a dicha entidad, reactivar y aceptar la afiliación y recibir los dineros correspondientes.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 11 de marzo de 1955, cotizó al ISS desde 1974, en el año 2007, se trasladó al RAIS sin la información necesaria y sin recibir asesoría por parte del fondo privado; y, elevó reclamo ante las demandadas (págs. 3 a 24, arch. 1, carp. 1).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue admitida el 16 de julio de 2020, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (arch. 1, carp. 2).

Protección SA contestó oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, e invocó en su defensa las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, e inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe (págs. 1 a 21, arch. 2, carp. 3).

Colpensiones se opuso a todas y cada una de las pretensiones, e invocó en su defensa las excepciones mérito que denominó 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, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado y prescripción (págs. 1 a 21, arch. 2, carp. 6).

La **Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado**, guardó silencio (carp. 7).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 19 de septiembre de 2022, declaró la ineficacia del traslado efectuado por el demandante del RPM al RAIS con efectividad del 27 de abril de 1999, a través de Protección SA; en consecuencia, le ordenó a esa AFP normalizar la afiliación del demandante en el Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensión SIAFP y trasladar a la Administradora Colombiana De Pensiones – 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. Finalmente, le ordenó a Colpensiones recibir e imputar, una vez recibidos los aportes a la historia laboral del demandante; y, condenó en costas a las demandadas.

En síntesis, la juez de primer grado estableció que el fondo de pensiones Protección, no aportó ningún elemento de juicio que permitiera entrever que al demandante se le suministró la información necesaria, clara y objetiva, para que la decisión de afiliarse a dicha entidad realmente fuera transparente, pues no obraba prueba de que el gestor conociera cuáles eran las características del RAIS y sus diferencias con el RPM, de manera que aquel pudiera tomar una decisión consciente, en atención a todas las opciones que existían en el mercado.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones inconforme con la decisión, manifestó que la afiliación del demandante a la AFP Protección, es completamente válida y no hay lugar a declarar su ineficacia, ya que el formulario fue suscrito de forma libre, voluntaria y sin presiones, y en cumplimiento del deber de información requerido para la época. Dijo que de acuerdo con el criterio sentado por la Corte Suprema de Justicia, cada caso se debe estudiar de manera particular, de ahí que deba tenerse en cuenta que el actor no tenía una expectativa legítima en el RPM, así como que, en caso de no haberse suministrado una asesoría adecuada, esa deficiencia se vio saneada por el paso del tiempo,

debido a la permanencia en el RAIS. Añadió que el gestor se encuentra inmerso en la prohibición de que trata el art. 2º de la Ley 797 de 2003, y a su vez, tuvo la posibilidad de retornar al RPM pero no lo hizo, lo que permite concluir que su voluntad era continuar en el RAIS, más aún cuando era de su carga informarse y leer los formularios de afiliación; así mismo, que con la declaratoria de ineficacia se desconoce el principio de sostenibilidad financiera del sistema, puesto que ese ente tendrá que reconocer una prestación.

Finalmente, solicitó que se revoque la condena en costas, ya que esa entidad no ha faltado a sus deberes legales.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 10 de octubre de 2022, se admitió el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta en favor de esa entidad, y conforme a lo normado en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (arch. 4, C002).

La parte demandante y Colpensiones presentaron las alegaciones, la primera solicitando que se confirme la sentencia impugnada y la segunda reiterando los argumentos expuestos en la alzada (arch. 5, C002)

VI. ACLARACIÓN PREVIA

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

condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, de conformidad con lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

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

VII. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada y el grado jurisdiccional de consulta, y de conformidad con lo previsto en los artículos 66A y 69 del CPTSS, el problema jurídico a resolver, consiste en verificar si el traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, surtió plenos efectos jurídicos, o si por el contrario, fue ineficaz por falta de información suficiente por parte de la administradora del RAIS demandada, que le permitiera contar con un consentimiento informado en la celebración del acto jurídico; y en tal caso, cuáles son las consecuencias jurídicas de tal declaratoria.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** El demandante nació el 11 de marzo de 1955 (arch. *GENANXCI20191690723120191218073118*, carp. 3, carp. 6); **ii)** cotizó a través del Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones desde el 1º de julio de 1974 al 31 de diciembre de 1999 un total de 643,57 semanas (pág. 40, arch. 1, carp. 1); y, **iii)** se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Protección, el 26 de abril de 1999 (págs. 22 arch. 2, carp. 3), y allí se encuentra afiliado en la actualidad.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

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

En el caso que ocupa la atención de esta Sala, el demandante se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP

Protección desde el 26 de abril de 1999, AFP en la que se encuentra actualmente afiliado, y si bien en el formulario de vinculación se hace referencia expresa a que la decisión se adoptó de manera libre, espontánea y sin presiones, conforme al mandato del art. 114 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con lo previsto en el art. 11 del Decreto 692 de 1994, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

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

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

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

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

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

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

De otro lado, ha dicho la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos *ex tunc* (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de *afiliados*, la Sala ha

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

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

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

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP Protección, que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración del acto jurídico de traslado de régimen, para establecer la existencia de un consentimiento informado por parte del afiliado para esa época, tal como lo concluyó el *a quo*, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico de la afiliación al régimen de ahorro individual, y se **confirmará** la decisión de declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** de régimen pensional realizado por el demandante el 26 de abril de 1999, con su afiliación a la AFP Protección.

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

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

Por lo expuesto, se **adicionará** el numeral **segundo** de la sentencia apelada y consultada, para ordenar que la AFP Protección SA, efectúe la devolución de la totalidad de los conceptos mencionados por la *a quo*, de los cuales las primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y las comisiones, deberán ser debidamente indexadas y con cargo a sus propios recursos, con la discriminación y detalle de todos los valores a devolver.

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

En cuanto a la condena en costas impuesta en primera instancia, objeto de la apelación, la Sala recuerda que éstas son la erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida en un proceso judicial, y comprende las expensas y las agencias en derecho. En ese orden de ideas, se tiene que de conformidad con el art. 365 del CGP, las costas son a cargo de la parte vencida en el proceso, sin embargo, en este caso, se considera que no debió disponerse tal rubro frente a Colpensiones, en la medida en que la entidad no tuvo ninguna injerencia en el acto de traslado de régimen pensional, así como tampoco le era dable resolver sobre la situación de ineficacia que aquí se discutió, y es por ello que la Sala mayoritaria considera que las costas debían disponerse

¹ CSJ SL1688-2019.

únicamente a cargo del fondo privado de pensiones, que con su omisión da lugar al resultado del proceso, en la medida en que el acto jurídico de traslado de régimen pensional que se declaró ineficaz, no fue consecuencia directa o indirecta de la acción u omisión de la administradora del RPMPD, hoy Colpensiones, y simplemente está llamada a soportar las consecuencias jurídicas de la omisión de la administradora del RAIS, siendo esta la única razón por la que se le vincula de manera necesaria al proceso, sin que por tanto, en estricto sentido, pueda ser tenida como vencida en el mismo, aun cuando razonablemente se oponga a lo pretendido, ajustándose su actuar al ordenamiento legal. Por lo que sobre el particular se **revocará parcialmente** el numeral **quinto** de la sentencia apelada y consultada.

Sin costas en la alzada.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ DC**, 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 19 de septiembre de 2022, por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en cuanto a que la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección SA**, deberá devolver con destino a Colpensiones, de los conceptos allí relacionados, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, los valores descontados de los aportes pensionales por concepto de primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y gastos o comisiones de administración, todo lo anterior, discriminado con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado, y demás conceptos objeto de devolución, según lo expuesto en las consideraciones de esta decisión

SEGUNDO: REVOCAR parcialmente el numeral **quinto** de la sentencia apelada y consultada, en cuanto a la condena en costas a cargo de Colpensiones, para en su lugar, **ABSOLVER** a esa entidad del pago de costas procesales, según lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

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

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado
(SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL)


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

Hipervínculo al expediente digital*

https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EqqYCcDWsgNKhhTkf3_dzpEBaVTqz9WbJxCGYrcn5F8sZw?e=iC7Duh

Firmado Por:

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

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

Código de verificación: **1b449884a361002c713e54a16544af246d23627ca757b812c6e30a8c2d1f1779**

Documento generado en 15/05/2023 09:35:38 AM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL BOGOTÁ, D.C.
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO DE RAMIRO LIZCANO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

Magistrada Ponente: Luz Patricia Quintero Calle

Con el respeto debido para con la mayoría de la sala, me aparto de la decisión tomada al resolver el recurso de apelación de la sentencia de primera proferida dentro del proceso de la referencia, en cuanto revocó las costas impuestas, porque de “conformidad con el artículo 365 del CGP, las costas son a cargo de la parte vencida en el proceso, sin embargo, en este caso, se considera que le asiste razón a la entidad recurrente Colpensiones, en cuanto a que no debió disponerse tal rubro frente a esa Administradora, en la medida en que no tuvo ninguna injerencia en el acto de traslado de régimen pensional, así como tampoco le era dable resolver sobre la situación de ineficacia que aquí se discutió” las costas son la erogación económica que le corresponde asumir al litigante que resulte vencido en el proceso, las cuales están conformadas por las expensas y las agencias en derecho, que, en cuanto a este último rubro, también ha sido pacífico el criterio, que corresponden a “(...) la compensación por los gastos de apoderamiento en que incurrió la parte vencedora, aún cuando pueden fijarse sin que necesariamente hubiere mediado la intervención directa de un profesional del derecho. No obstante, como lo señalan los intervinientes y lo ha explicado la propia Corte, esos valores son decretados a favor de la parte y no de su representante judicial, sin que deban coincidir con los honorarios pactados entre ésta y aquel (CC C-089-02)”.

Como se explicó en dicha decisión de la Corte Constitucional, cuando se refirió a las reglas de la imposición de las costas en el antiguo CPC, pero que el legislador procesal siguió derroteros idénticos en el CGP, para la aplicación de esta institución se sigue un criterio objetivo, “(...) pues “se condena en costas al

vencido en el proceso, incidente o recurso, independientemente de las causas del vencimiento”, sino también para la determinación de aquellas en cada uno de sus componentes, siguiendo en este punto la teoría moderna procesal pues, como lo señala Chiovenda, “la característica moderna del principio de condena en costas consiste precisamente en hallarse condicionada al vencimiento puro y simple, y no a la intención ni al comportamiento del vencido (mala fe o culpa)”. En efecto, aún cuando el carácter de costas judiciales dependerá de la causa y razón que motivaron el gasto, y la forma en que se efectuó⁵¹, su cuantificación está sujeta a criterios previamente establecidos por el legislador, quien expresamente dispuso que “solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”

Así, que el artículo 365 del CGP, que regula la materia señala:

“(…) 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a la que se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, súplica, queja, anulación o revisión que haya propuesto. (…)”.

Bajo tales presupuestos, es claro que la condena en costas atiende un criterio netamente objetivo, en la medida que no se evalúa la conducta de las partes (temeridad o mala fe), debiendo valorarse únicamente la configuración de cualquiera de las hipótesis previstas por el legislador en la norma transcrita. Al respecto, recuérdese que, tal como lo ha adoctrinado la Corte Suprema de Justicia, la finalidad de las costas es la de “otorgar a la parte vencedora una razonable compensación económica por la gestión procesal que realizó” (Sala de Casación Civil y Agraria, auto de 25 de agosto de 1998). Y en similares términos se pronunció la Sala de Casación Laboral al indicar que “las costas son una simple consecuencia procesal del ejercicio de la acción o de la excepción” (sentencia del 20 de noviembre de 2007, con radicación No. 32200).

Se insiste, en que el criterio de la imposición de las costas es objetivo, por cuanto ellas tienen como propósito indemnizar por los gastos y quebrantos económicos sufridos por la parte que injustamente es llevada al proceso, o, en otras palabras, resarcir de alguna manera los gastos realizados por quien tuvo la necesidad de acudir al aparato jurisdiccional en defensa de sus derechos, que al final le fueron reconocidos, o al contrario, reconocerle al convocado al proceso, esas mismas erogaciones que tuvo que soportar para ejercer su defensa contra las pretensiones.

En este caso, es cierto que la demandada Colpensiones no intervino en la operación de traslado de régimen pensional cuya ineficacia solicitó la parte actora por la falta de información veraz y suficiente en que incurrió la administradora del RAIS, pero olvida la mayoría de la Sala, que la entidad pública participó activamente en la oposición de las pretensiones de la demanda, esto es, que desde el principio ejerció contradicción contra los pedimentos del demandante, tratando de descartar los elementos que habilitan esa ineficacia, y por tal razón, sumó su posición a la de la AFP, para intentar aplacar los derechos del promotor del litigio. Y tal sentido, la parte actora, tuvo que sufragar unos gastos para hacer ver al juzgador que la oposición tanto de la entidad pública como del organismo privado no se acompañaban con el criterio jurídico imperante en este tema.

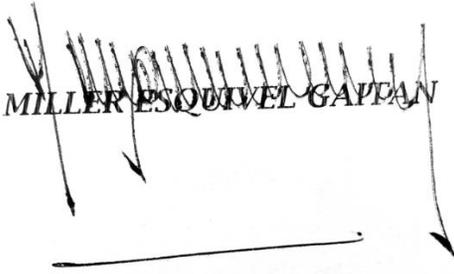
No es simplemente que la entidad pública, objetivamente no tenga mayor incidencia en la época en que la parte actora llevó a cabo el traslado de régimen, sino verificar cómo se comportó en el momento de ser convocada al proceso, porque, si su actuación es la normal a todo demandado, consistente en presentar excepciones de mérito que contrarresten las pretensiones, incluso excepciones previas, y en general, hacer oposición en toda la instancia con los mecanismos ordinarios, lo cual implica un desgaste procesal y económico para el demandante, es claro que, por ese ejercicio del litigante vencido, tendrá que asumir el resarcimiento a quien salió victorioso.

Lo objetivo es que el litigante vencedor, si se produce una estimación total de su demandada, o si habiendo sido demandado resulta absuelto, tendrá derecho a percibir las costas de la parte contraria, recuperando así, en parte, lo que abonó en esa actividad; solo si la estimación o desestimación de las pretensiones es parcial, o si se presentan serias dudas sobre la actividad procesal del litigante victorioso, es plausible dejar que cada litigante asuma sus propios gastos, pero mientras se pueda verificar la oposición de la parte vencida, a ésta se le tendrán que imponer las costas, como ocurre en este caso, en donde no resulta lógico ni razonable que Colpensiones, precisamente, al no haber participado en el traslado inicial de régimen pensional, en el proceso se haya opuesto con toda intensidad a la prosperidad de las pretensiones de ineficacia, generando, se reitera, unos gastos de apoderamiento y defensa de sus derechos en la parte actora, que deben ser resarcidos.

Entonces, como es inescrutable, que Colpensiones fungió como parte dentro del proceso al oponerse a las pretensiones y formulando excepciones de fondo, tanto, que fue la única parte, que propuso recurso de apelación para obtener la revocatoria total de la decisión de primera instancia, debe correr con las costas por su actuación. Además, desatender lo mencionado es vulnerar el principio de igualdad procesal de las partes.

Dejo así a salvo el voto.

~~MILLER ESQUIVEL GATTAN~~

A handwritten signature in black ink, which appears to be "MILLER ESQUIVEL GATTAN", is written over a printed name of the same text. Below the signature, there is a single horizontal line drawn with a pen.



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

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN: 11001 31 05 **038 2020 00242 01**
DEMANDANTE: DIEGO FELIPE ROMERO ENCISO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES

Bogotá DC, quince (15) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados MILLER ESQUIVEL GAITÁN, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante respecto de la sentencia absolutoria proferida el 8 de abril de 2022, por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende el demandante que se condene a la demandada al pago de la pensión especial de vejez por actividades de alto riesgo, a partir de cuando completó 1029 semanas de cotización [sic], junto con los incrementos legales y convencionales pertinentes, es decir, desde el 1° de diciembre de 2013, más los intereses calculados desde el día 30 del mismo mes y año, de acuerdo con la suma que se pruebe como mesada pensional; y solicita los intereses legales que se causen desde la presentación de la demanda hasta la ejecución del fallo conforme el inc. 2° del num. 3° del art. 88 del CGP (pág. 3, 4 archs. 1.2, 3.2, 3.3 C01).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, afirma que ha cotizado como Capitán, Aviador Civil y Piloto de Aeronaves de las empresas Aires y Avianca

SA desde el 18 de mayo de 1993 por lo menos hasta la fecha de presentación de la demanda, data para la cual contaba con 1179,1 semanas cotizadas a Colpensiones; de conformidad con los Decretos 1282 y 1295 de 1994, 1607 de 2002 y 2090 de 2003, la aviación civil es una actividad de alto riesgo, por lo que su trabajo no solo ha alterado su salud, sino que también como no se ha podido retirar debido al no reconocimiento de la pensión, su salud se continúa agravando, pese a que tiene derecho a la prestación por contar con más de 20 años de servicio y 50 años de edad, aunado a que en Avianca SA existe una protección convencional adicional debido a su actividad de alto riesgo, como se ha establecido en las convenciones colectivas de 1977, 1989 y 2009-2013; el 18 de octubre de 2017 solicitó ante la demandada el reconocimiento de la pensión especial de vejez por actividades de alto riesgo, sin embargo, fue negada mediante Resoluciones n.º SUB 278, SUB 152560 y DIR 5714 de 2018 (págs. 1-3 *ídem*).

II. TRÁMITE PROCESAL

Previa subsanación se admitió la demanda mediante auto proferido el 22 de enero de 2021, ordenándose su notificación y traslado a la demandada (arch. 4), quien la contestó con oposición a lo pretendido, bajo el argumento de que el mandante cuenta con 1311.71 semanas de cotización, sin embargo, la calidad de Aviador no es un cargo especial ni catalogado legalmente como actividad de alto riesgo, sin que el demandante sea beneficiario del régimen de transición establecido en el Decreto 1282 de 1994 porque nació el 3 de octubre de 1975 [*sic*]. Propuso como excepciones las de prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido y buena fe (archs. 6.2, 8).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado guardó silencio (arch. 7)

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 8 de abril de 2022, absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra, e impuso costas a cargo del demandante, tras considerar que si bien el demandante realizó cotizaciones a Colpensiones entre el 18 de mayo de 1993 y el 31 de julio de 2017 a través de distintos empleadores, no se acreditó que entre el 18 de mayo de 1993, fecha de afiliación al RPMPD y el 24 de julio de 2020, fecha de radicación de la demanda, hubiera realizado actividades de alto riesgo

de conformidad con lo establecido en el Decreto 2090 de 2003 modificado por el Decreto 2655 de 2014, en calidad de técnico aeronáutico con funciones de controlador de tránsito aéreo con licencia expedida por la Oficina de Registro de la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil, sino que se desempeñó como Piloto B787 – Aviador Civil de Avianca desde el 26 de junio de 1994 por lo menos hasta el 9 de noviembre de 2017, labor que no está catalogada como actividad de alto riesgo. En todo caso, tampoco cumple los requisitos de que trata el art. 3º del Decreto 1282 de 1994 porque a 1º de abril de dicho año, solo tenía 26 años de edad y 9 semanas de cotizaciones, debiendo someterse a las reglas generales para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez cuando reúna los requisitos legales para ello (archs. 14, 15).

IV. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 19 de mayo de 2022 se admitió el grado jurisdiccional de consulta; y, conforme a lo normado en el entonces vigente art. 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (arch. 4 C02), quienes presentaron sus alegaciones de instancia reiterando los argumentos expuestos en la demanda y contestación (archs. 5 y ss *ídem*).

V. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a resolver en grado jurisdiccional de consulta, y conforme a lo dispuesto en el art. 69 del CPTSS, el problema jurídico a resolver, consiste en verificar en primer lugar si la labor de Aviador Civil y Piloto que desempeñó el demandante desde el 18 de mayo de 1993 por lo menos hasta la fecha de presentación de la demanda (24 de julio de 2020 – arch. 1.3 C01), es catalogada como actividad de alto riesgo, que lo haga merecedor de la pensión especial de vejez que reclama bajo esta modalidad conforme al Decreto 2090 de 2003 o si, por el contrario, tiene derecho a la pensión regulada en el régimen pensional de los aviadores civiles establecido en el Decreto 1282 de 1994, en los términos solicitados en el libelo, y si alguna de estas dos prestaciones se encuentra a cargo de Colpensiones.

Se tiene que el demandante solicitó el 21 de diciembre de 2017 ante Colpensiones el reconocimiento de la pensión especial de vejez por actividades de

alto riesgo, sin embargo, fue negada mediante Resoluciones n.º SUB 278, SUB 45086 y DIR 5714 de 2018, bajo varios argumentos: *i)* que el demandante no ejecutó actividades de tal talante, según la regulación de los Decretos 2090 de 2030 y 2655 de 2014 específicamente en el num. 5º del art. 2º, *ii)* tampoco era beneficiario del régimen de transición establecido en los arts. 36 de la Ley 100 de 1993 y 3º del Decreto 1282 de 1994, *iii)* perdió los beneficios de este último régimen de transición por haberse trasladado al RAIS según el art. 5º del mencionado Decreto 1282 sin regresar el régimen administrado por CAXDAC sino a Colpensiones, y *iv)* en todo caso, la entidad administradora para asumir el pago de las pensiones reguladas en esta última normativa, es Caxdac y no Colpensiones, conforme el Decreto 1283 de 1994, por ende, según Colpensiones, el demandante debe cumplir las disposiciones del régimen general de prima media, y para la época de la expedición de dichos actos administrativos no contaba con la densidad mínima de semanas y la edad exigidas por la Ley 797 de 2003 (págs.. 49-72 archs. 1.2, 3.2, 3.3, págs.. 149-161, 228-251, 317-340, 456-479, 558-581, 648-671, 690-754 arch. 12.3 C01).

Así las cosas, se tiene que el Decreto 2090 de 2003 definió las actividades que tienen capacidad de disminuir la expectativa de vida saludable de la persona o como en muchos casos la necesidad del retiro de las actividades en las que se ha visto obligado a trabajar, por lo que se consideran de alto riesgo para la salud del trabajador; además, modificó y estableció las condiciones, requisitos y beneficios del régimen de pensiones especiales para los trabajadores que laboran en dichas actividades, disposición que se encuentra vigente hasta el 31 de diciembre del año 2024, al tenor de lo dispuesto en el Decreto 2655 de 2014.

El art. 2º del Decreto 2090 de 2003, establece en su parte pertinente entre otras, como actividad de alto riesgo para la salud de los trabajadores lo siguiente:

5. En la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil o la entidad que haga sus veces, la actividad de los técnicos aeronáuticos con funciones de controladores de tránsito aéreo, con licencia expedida o reconocida por la Oficina de Registro de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, de conformidad con las normas vigentes.

Dentro del expediente, según el certificado de afiliación a Riesgos Laborales expedido por la ARL Sura el 7 de noviembre de 2017, el demandante se encontraba afiliado a dicha entidad desde el 1º de diciembre de 2004 en calidad de trabajador dependiente de Avianca SA, para el riesgo clase nº 4 en la actividad económica de *transporte regular nacional de pasajeros por vía aérea, incluye*

solamente empresas dedicadas a las empresas de transportes aéreos de pasajeros, de mercancías, excepto personal de oficinas (pág. 17 archs. 1.2, 3.2, 3.3, pág. 18, 193, 285, 424, 526, 616 arch. 12.3, arch. 12.5), lo cual como se indicó en los fundamentos fácticos del libelo introductor, se encuentra acorde con lo dispuesto en los arts. 26 del Decreto 1295 de 1994 y 2º del Decreto 1607 de 2002.

Se acreditó así mismo que el demandante a 9 de noviembre de 2017, estaba vinculado con Avianca SA mediante contrato de trabajo y prestando sus servicios en calidad de Piloto B787, desde el 26 de junio de 1994 de conformidad con la certificación expedida por la Gerente de Nómina de dicha compañía (págs. 12-14 archs. 1.2, 3.2, 3.3, págs. 78-80, 191-193, 280-282, 419-421, 521-523, 611-613 arch. 12.3, arch. 12.5 C01); empero la labor de Piloto difiere ostensiblemente de lo que preceptúa la norma trascrita, por lo que no podría enmarcarse según la legislación en una actividad considerada como de alto riesgo para habilitar la causación del derecho que el accionante reclama y para ello, basta con revisar la mencionada certificación en donde en 17 casillas se indicaron en forma específica las funciones que ejecutó como Piloto B787, sin que alguno de estos ítems se encuentre íntimamente ligado con las funciones de un controlador de tránsito aéreo, aunado a que el num. 5º del art. 2º del Decreto 2090 de 2003 – normativa que derogó entre otros, el Decreto 1835 de 1994- hace referencia a los servidores públicos de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil *o de la entidad que haga sus veces*, calidad que tampoco ostentó el demandante, sino que sus servicios fueron prestados a un ente del sector privado como lo es Avianca SA; razón por la que no se equivocó el *a quo* al negar la pensión especial de vejez por actividades de alto riesgo.

Ahora, si de la pensión regulada en el Régimen Pensional de los Aviadores Civiles establecido mediante el Decreto 1282 de 1994 se tratara, considera la Sala que tampoco es aplicable al caso del demandante por las siguientes razones:

El art. 1º de dicha disposición señala que el Sistema General de Pensiones contenido en la Ley 100 de 1993, se aplica a los aviadores civiles con licencia válida habilitados para desempeñar las funciones de Piloto o Copiloto Civil, **con excepción** de quienes estén cobijados por el régimen de transición y las normas especiales previstas en el citado Decreto 1282.

El régimen de transición al que se hace alusión en dicha normativa, se encuentra en el art. 3º, el cual dispone que los aviadores civiles, tendrán derecho a los beneficios de tal régimen establecidos en el art. 4º *idem* adicionado por el Decreto 1302 de 1994, siempre que al 1º de abril de 1994 hayan cumplido **cualquiera** de los siguientes requisitos:

- a) Haber cumplido cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres;
- b) Haber cotizado o prestado servicios durante diez (10) años o más.

Además, el art. 5º establece como pérdida de estos beneficios el hecho de que las personas beneficiarias de dicho régimen de transición seleccionen el régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a lo previsto para dicho régimen o cuando habiendo escogido este régimen, decidan cambiarse posteriormente al de prima media con prestación definida.

En el presente caso, el demandante nació el 1º de febrero de 1968 (págs. 18-20 archs. 1.2, 3.2, 3.3, págs. 103-108, 197-199, 286-288, 425-427, 527-529, 617-619 arch. 12.3, arch. 12.5 C01), por lo que a 1º de abril de 1994 contaba con 26 años, insuficientes para acreditar el cumplimiento del primer requisito.

Y de conformidad con el reporte de semanas cotizadas en Colpensiones expedido el 8 de abril de 2021, se establece que cotizó entre el 18 de mayo de 1993 y el 28 de febrero de 2021 un total de 1311.71 semanas bajo las razones sociales de Aerovías de Integración Regional SA y Avianca SA (págs. 73-84 archs. 1.2, 3.2, 3.3, pág. 25-64, 252-263, 341-352, 480-491, 582-593, 672-683 arch. 12.3, archs. 12.4, 12.5), de las cuales solo completó 9 semanas a 1º de abril de 1994; lo que significa que tampoco demostró tener por satisfecho el segundo requisito. Aunado a que, de dicho reporte se desprende que el actor estuvo un tiempo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, dado que los aportes correspondientes a los años 1995 a 2012 y el ciclo de enero de 2013 tienen las observaciones *pago recibido del RAIS por traslado y valor devuelto del RAIS por pago al fondo*; de ahí que no sea beneficiario del régimen de transición al que se hizo alusión.

Por otra parte, el art. 6º regula la pensión especial transitoria para los Aviadores que como el demandante, no sean beneficiarios del mencionado régimen de transición, y establece que en este caso, el tiempo de cotización y el monto de las pensiones de vejez será el establecido en los arts. 33 y 34 de la Ley

100 de 1993. Sin embargo, la edad para acceder a la pensión de vejez en este caso será de 55 años, que se reducirá un año por cada 60 semanas cotizadas o de servicios prestados adicionales a las 1000 semanas de cotización, sin que dicha edad pueda ser inferior a 50 años.

Para la interpretación de este artículo es necesario tener en cuenta lo dispuesto en el par. transitorio 2º del art. 1º del Acto Legislativo 01 de 2005 que modificó el art. 48 de la CP, según el cual establece que *«sin perjuicio de los derechos adquiridos, el régimen aplicable a los miembros de la Fuerza Pública y al Presidente de la República, y lo establecido en los parágrafos del presente artículo, la vigencia de los regímenes pensionales especiales, los exceptuados, así como cualquier otro distinto al establecido de manera permanente en las leyes del Sistema General de Pensiones expirará el 31 de julio del año 2010»*; adicional a ello, el art. 7º del Decreto 1282 de 1994 establece que la entidad encargada de administrar el régimen especial pensional de los Aviadores Civiles de las empresas de transporte aéreo, consagrado en los reseñados arts. 3º y 6º, es la Caja de Auxilios y Prestaciones de Acdac-Caxdac, lo cual se encuentra acorde con lo dispuesto en el Decreto 1283 de 1994.

Para el 31 de julio de 2010 el actor contaba con 42 años de edad y 767.08 semanas de cotización al extinto ISS, mientras que el art. 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el art. 9º de la Ley 797 de 2003, establecía que para dicha data, la edad mínima pensional para los hombres era de 60 años y una densidad de 1175 semanas de cotización; de manera que conforme el límite impuesto por el Acto Legislativo 01 de 2005, no reunió los requisitos establecidos en el régimen especial pensional de los Aviadores Civiles del Decreto 1282 de 1994 con anterioridad a dicha data, máxime porque no se acreditó su afiliación y realización de aportes a Caxdac, ni se llamó en el presente juicio a dicha entidad, motivo por el cual, en efecto, tal y como lo adujo el *a quo*, no es posible acceder a los pedimentos reclamados en el libelo introductor.

A lo anterior se agrega que en aplicación de lo dispuesto en el art. 8º del Decreto 1282 de 1994 modificado por el art. 1º del Decreto 1285 de la misma anualidad, a pesar de que en la actualidad el actor cuenta con la densidad mínima de cotizaciones que establece el régimen general de pensiones vigente, dado que según el último reporte emitido por Colpensiones completa un total de 1311.71 semanas a 28 de febrero de 2021, lo cierto es que apenas cuenta con 55 años de edad, tiempo insuficiente para causar la pensión legal de vejez simple,

reglada por el art. 9º de la Ley 797 de 2003 y a cargo de la demandada Colpensiones, siendo necesario tener 62 años de edad en el caso de los hombres, que los cumplirá en el año 2030, configurándose así una petición efectuada antes de tiempo.

En consecuencia, se **confirmará** la decisión consultada. Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada proferida el 8 de abril de 2022, por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá DC, por las razones expuestas en las consideraciones de esta decisión.

SEGUNDO: Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:

<https://etbcsj->

my.sharepoint.com/:f/g/person/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EuXpXOyAtalHo1qNBgb2PkgB_BjBELvukN_zqfg9lkl-Mw?e=a55KIW

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

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

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

Código de verificación: **641c74f3f86f23dd36c1761fc55cf0cd70a7f733a26a7a406be553015f322ba0**

Documento generado en 15/05/2023 09:35:39 AM

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

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