



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 **002 2018 00733 01**
DEMANDANTE: ANA CECILIA CASTELLANOS MARTÍN
DEMANDADOS: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS
SA y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS SA

Bogotá DC, treinta (30) 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 la parte demandante y Colpensiones, y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta entidad, respecto de la sentencia proferida el 4 de octubre de 2022, por el Juzgado 2º Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende la demandante que se declare la ineficacia, o en subsidio de esta, la nulidad de la afiliación en pensión efectuada al RAIS realizada y promovida por Skandia SA, y que se encuentra válidamente afiliada al RPM administrado por Colpensiones. En consecuencia, se condene a Colfondos SA a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes pensionales cotizados, incluidos los rendimientos, las deducciones por gastos de administración y descuentos para los seguros de invalidez y sobrevivientes. Así mismo, a Colpensiones a reconocer el pago de la pensión de vejez, junto con el retroactivo generado desde el día siguiente a la última cotización y los intereses moratorios.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expone que nació el 30 de marzo de 1960; que empezó a cotizar al ISS a partir del 16 de julio de 1983; que el 9 de julio de 2001, fue persuadida por un asesor de la AFP Skandia para trasladarse al RAIS, bajo la promesa de que su pensión en dicha entidad sería mejor que la establecida en el ISS, momento en el que no se verificó la historia laboral, el salario devengado, ni el entorno familiar; así como tampoco, se le informaron las consecuencias, ventajas y desventajas que acarrearía suscribir formulario de afiliación al RAIS; que el 11 de diciembre de 2002, se afilió a Colfondos; y, que elevó reclamo ante las demandadas (págs. 3 a 41, arch. 1).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue admitida el 25 de enero de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (págs. 201 a 202, arch. 1); quienes dieron respuesta en tiempo oportuno.

Colpensiones se opuso a la totalidad de pretensiones, invocando como medios de defensa las excepciones que denominó inexistencia de la obligación, inexistencia del derecho al reconocimiento pensional, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas e inexistencia de intereses moratorios (pág. 203 y 214, arch. 1).

Skandia contestó oponiéndose a todas las pretensiones, e invocó en su defensa las excepciones de mérito que denominó prescripción, cobro de no lo debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y pago (págs. 258 a 276, arch. 1).

Colfondos se opuso a todas y cada una de las pretensiones que la involucren, solicitando se le absuelva de ellas; formuló en su defensa las excepciones que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero y nadie puede ir en contra de sus propios actos (págs. 294 a 316, arch. 1).

La **Agencia Nacional de Defensa Jurídica el Estado**, guardó silencio pese a haber sido notificada en debida forma (pág. 243, arch. 1).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 2º Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 4 de octubre de 2022, declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante, a Old Mutual Pensiones y Cesantías SA hoy Skandia Pensiones y Cesantías SA el día 9 de julio del 2001, y consecuencialmente el posterior traslado horizontal realizado a Colfondos SA Pensiones y Cesantías, de fecha 11 de diciembre de 2002. A su vez, condenó a Colfondos SA Pensiones y Cesantías, a devolver dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del CC, esto es, con los rendimientos causados, los gastos de administración y sumas adicionales de la aseguradora, sin lugar a descuento alguno o deterioros sufridos por el bien administrado. Finalmente, ordenó a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a aceptar dichos valores, y tener como válida la afiliación de fecha 16 de julio de 1983, situación que deberá incluir en las bases de datos y sistemas de información de la historia laboral. A su vez, condenó en costas a las demandadas.

Para lo que interesa a la alzada, consideró que conforme a la línea jurisprudencial de la Corte, las AFP no corrieron con la carga probatoria necesaria para acreditar que brindaron una información suficiente a la afiliada al momento de realizar su traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual y que la que fue suministrada en la asesoría precontractual dada el 9 de julio de 2001, se relacionara con la ilustración de las características, condiciones de acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, así como que se le hubiera dado a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida.

De otro lado, negó el reconocimiento pensional con fundamento en que será solo hasta que Colpensiones cuente con los recursos que se dispusieron trasladar y se haya actualizado la historia laboral, que se podrá determinar la causación del mismo.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** expresó su inconformidad respecto de la absolución dispuesta en punto del reconocimiento pensional, tras argumentar que de no hacerse se estaría causando un perjuicio derivado del error del fondo privado al no haberle suministrado información completa, adecuada, suficiente y cierta al momento del traslado. Agregó que además, en la reclamación administrativa se solicitó la prestación y la misma debe ser reconocida a partir del cumplimiento del último requisito, y en caso de tardanza, también deberá disponerse el pago del retroactivo, junto con los intereses moratorios.

Colpensiones solicitó en la alzada que se revoque la declaratoria de ineficacia y la condena en costas impuesta en su contra por no ser la parte vencida en juicio, debido a que no participó de la relación contractual que existió entre la demandante y el fondo privado. Dijo que en este caso, se probó que a la demandante se le reconoció pensión en el RAIS y que a pesar de que tal prestación no fue incluida en nómina de pensionados, no sería procedente disponer la ineficacia del traslado, al existir un derecho consolidado, porque ya se habían reunido ciertos requisitos y tendría que revisar Colpensiones, si con el traslado de los aportes provenientes del RAIS se cumplen las condiciones para acceder a la pensión en el RPM, de lo contrario se generaría una afectación a la gestora como afiliada. Agregó, que en este asunto existieron unos actos de relacionamiento, tanto que hubo una solicitud de reconocimiento pensional, lo que determina que hay una convicción de permanencia en el fondo.

De otro lado, mencionó que existe una barrera para el traslado prevista en el art. 2º de la Ley 797 de 2003, sobre la imposibilidad de cambiar de régimen cuando faltan menos de 10 años para cumplir la edad para pensionarse; y, que de acuerdo con las sentencias C-1024-04, la SU062-10 y la SU130-13 de la Corte Constitucional en materia de traslado, quien manifiesta que nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria a otros afiliados de este esquema, dado que el régimen solidario de prima media con prestación definida se descapitalizaría.

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 y 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. 4, C002).

La parte demandante y Colpensiones presentaron alegaciones, reiterando los argumentos expuestos, en la demanda su contestación y los recursos (arch. 6 y 11, 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 de la demandante del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, surtió plenos efectos jurídicos, o si por el contrario, fue ineficaz por falta de información suficiente por parte de la administradora del RAIS, que le permitiera contar con un consentimiento informado en la celebración del acto jurídico; en tal caso, cuáles son las consecuencias jurídicas de tal declaratoria; y finalmente, si hay lugar a ordenar a Colpensiones reconocer la pensión de vejez, junto con los intereses moratorios y si es procedente revocar la condena en costas dispuesta en contra de esa entidad.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** La demandante nació el 30 de marzo de 1960 (pág. 45, arch. 1); **ii)** cotizó a través del Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones desde el 16 de julio de 1983 hasta el 31 de agosto de 2001, un total de 907,71 semanas (pág. 48 a 55 y 215 a 222, arch. 1); y, **iii)** se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Skandia, el 9 de julio de 2001 (pág. 71 y 277, arch. 1), y de allí, a la AFP Colfondos el 11 de diciembre de 2002, en la que se encuentra afiliada en la actualidad (pág. 73 y 317, arch. 1).

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 desvirtuarse 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, o si se encontraba en la prohibición legal de traslado, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente de la Sala de Casación Laboral citado.

En el caso que ocupa la atención de esta Sala, la demandante se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Skandia, desde el 9 de julio de 2001, se trasladó luego a la AFP Colfondos, en la que se encuentra actualmente afiliada, y si bien en el formulario de vinculación se hace referencia expresa a que la decisión se adoptó de manera libre, espontánea y sin presiones, conforme al mandato del art. 114 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con lo previsto en el art. 11 del Decreto 692 de 1994, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

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

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

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

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

Se sigue de lo anterior, por ejemplo, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación no 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 Skandia, que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración del acto jurídico de traslado de régimen, para establecer la existencia de un consentimiento informado por parte de la afiliada para esa época, tal como lo concluyó la *a quo*, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico de la afiliación al régimen de ahorro individual, y se **confirmará** la decisión de declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** de régimen pensional realizado por la demandante el 9 de julio de 2001, con su afiliación a la AFP Skandia.

En este punto, es menester precisar que si bien se encuentra demostrado que la promotora del proceso presentó solicitud de reconocimiento pensional ante la AFP Colfondos el 1º de septiembre de 2017 (págs. 75 a 79, arch. 9), y que dicha administradora mediante comunicado del 2 de noviembre del mismo año, dio respuesta indicando que la solicitud había sido aprobada por lo que había lugar al pago de la garantía de pensión mínima 2017 (págs. 81 a 84, arch. 9), se tiene que la gestora no consolidó el estatus de pensionada, en la medida en que según lo informado por Colfondos en respuesta al requerimiento efectuado en primera instancia, la misma solicitó la devolución de los documentos que había presentado y no radicó los que se requerían para la inclusión en nómina, encontrándose en el sistema como activa su afiliación a pensión (arch. 15), de modo que en este asunto no resulta aplicable el criterio sentado en la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en las sentencias CSJ SL373-2021, SL3707-2021 y CSJ SL3535-2021, al tratarse de supuestos fácticos diferentes al aquí analizado, en la medida en que en la primera sentencia se explicó:

“por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo ante), lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto”.

De conformidad con la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como consecuencia de la ineficacia del traslado 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, a Colfondos, 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.

Por lo expuesto, se **adicionarán** la sentencia y el numeral segundo de la parte resolutive, para ordenar a las AFP demandadas, 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 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.

¹ CSJ SL1688-2019.

Pensión de Vejez.- Teniendo en cuenta los efectos de la ineficacia del traslado del régimen pensional establecidos previamente, pasa la Sala a resolver la solicitud de pensión de vejez, encontrando para el efecto que es aplicable el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, que establece como requisitos para tal fin: *i*). haber cumplido 55 años en el caso de las mujeres, edad que se incrementó a partir del 1º de enero de 2014 a 57 años; y, *ii*). tener una densidad de 1000 semanas de cotización en cualquier tiempo, las cuales se incrementaron anualmente a partir del 1º de enero de 2005 en 50 semanas; y a partir del 1º de enero de 2006 en 25 semanas hasta llegar a 1.300 semanas de cotización en el año 2015.

En este caso, se advierte que la demandante arribó a los 57 años el día 30 de marzo de 2017 (pág. 45, arch. 1), momento en el que acumulaba 1619 semanas de cotización (págs. 63 a 70, arch. 1), por lo tanto, se concluye que cumple con las exigencias de la norma mencionada.

Respecto al goce de la pensión, el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990 establece que dicha prestación se reconocerá a solicitud de la parte interesada, reunidos los requisitos mínimos, previa desafiliación al régimen y teniendo en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo, tal como se estableció en la primera instancia.

Como se ha establecido en reiterada jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL 38776, 1 feb. 2011, el acto de desafiliación al régimen puede inferirse de la concurrencia de varios hechos, como la terminación del vínculo laboral del afiliado, la falta de 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, consideración que ha sido reiterada en las sentencias SL 4611 de 2015; SL 18447 de 2016; SL 9036 de 2017 y SL 963 de 2018.

Es necesario indicar que debido a que con la historia laboral aportada no está probada en este caso, la novedad de retiro al sistema, así como tampoco si después del 31 de mayo de 2017 la demandante reportó semanas de cotización a pensión, es menester disponer el reconocimiento de la prestación de vejez conforme a lo previsto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por

el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, quedando supeditada la fecha del disfrute al retiro del sistema o al momento en que cesen las cotizaciones para pensión.

Por lo que para determinar el IBL la entidad deberá recurrir a las reglas previstas en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, es decir, que aquel se deberá calcular con el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales cotizó la afiliada en toda la vida laboral o con los ingresos de los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, de acuerdo con lo que resulte más benéfico en su caso; el monto o tasa de reemplazo, conforme a lo previsto en el art. 34 de la Ley 100 de 1993; y, como el derecho pensional se causó el 30 de marzo de 2017, la prestación debe pagarse en 13 mesadas al año, en los términos del inciso 8º y el Parágrafo Transitorio 6º, del Acto Legislativo 01 de 2005.

Se autorizará a la entidad a descontar lo correspondiente al aporte a salud en razón a que los pensionados son afiliados obligatorios al sistema de seguridad social en salud en virtud de los artículos 204 y 157 de la Ley 100 de 1993.

Finalmente, en cuanto a la condena solicitada de los **intereses moratorios** establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, se estima que resultan improcedentes ya que el reconocimiento de la pensión de vejez surge con ocasión a la declaratoria de ineficacia del traslado aquí declarado, y no por alguna omisión atribuible a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones (Sentencias CSJ SL4989-2018, CSJ SL782-2021 y CSJ SL1055-2022), de manera que sobre ese tópico se absolverá a la entidad convocada.

Costas.- Sobre las impuestas en primera instancia, 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 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, y es por ello que la Sala mayoritaria considera que las costas debían disponerse únicamente a cargo de los fondos privados de pensiones, que con su omisión dan lugar al resultado del proceso,

en la medida en que Colpensiones no tuvo ninguna injerencia en el acto jurídico de traslado de régimen pensional que se declaró ineficaz, ni es éste consecuencia directa o indirecta de la acción u omisión de la administradora del RPMPD, y simplemente está llamada a soportar las consecuencias jurídicas de la omisión de la administradora del RAIS, siendo esa 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 la decisión de primer grado.

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: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 4 de octubre de 2022, por el Juzgado 2º Laboral del Circuito de Bogotá DC, en cuanto a que **Colfondos Pensiones y Cesantías SA**, deberá devolver también, con destino a Colpensiones, además de los conceptos allí relacionados, los valores descontados de los aportes efectuados con ocasión de la vinculación de la demandante y por los períodos por los que ella responde, por concepto de porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, discriminando la totalidad de los conceptos objeto de devolución, con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado, según lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia apelada y consultada, en cuanto a que **Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías SA**, deberá devolver con destino a Colpensiones los valores descontados de los aportes efectuados con ocasión de la vinculación de la demandante y por los períodos por los que ella responde, por concepto primas de seguros

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

TERCERO: REVOCAR parcialmente el numeral **cuarto** de la sentencia proferida el 4 de octubre de 2022, por el Juzgado 2º Laboral del Circuito de Bogotá DC, en el entendido, de **CONDENAR** la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de vejez a ANA CECILIA CASTELLANOS MARTÍN, con fundamento en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003; quedando supeditada la fecha del disfrute al retiro del sistema o al momento en que cesen las cotizaciones para pensión. Por lo que la prestación se pagará a razón de 13 mesadas anuales, teniendo en cuenta para calcular el IBL las reglas en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, es decir, con el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales cotizó la afiliada en toda la vida laboral o con los ingresos de los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, de acuerdo con lo que resulte más benéfico en su caso; y, el monto o tasa de reemplazo, conforme a lo previsto en el art. 34 de la Ley 100 de 1993, acorde con lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

CUARTO: AUTORIZAR a Colpensiones, efectuar los descuentos por concepto de aportes al sistema de seguridad social en salud, del retroactivo pensional que se cause a favor de la demandante y de las mesadas que se generen en lo sucesivo, según lo expuesto en las consideraciones anteriores.

QUINTO: REVOCAR parcialmente el numeral **sexto** 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.

SEXTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada, según las motivaciones anteriores.

SÉPTIMO: Sin costas en esta instancia.

OCTAVO: 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

(en uso de permiso)

MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

Hipervínculo al expediente digital

<https://etbcsj->

[my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/Ej_ua9wseIpIrNriiv5CMdQBudVoBZwr_YUCauqHZoSsMg?e=Yosmypo](https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/Ej_ua9wseIpIrNriiv5CMdQBudVoBZwr_YUCauqHZoSsMg?e=Yosmypo)

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: **45f0063645ef68b799105e7d208a51309ddc805127c40fd64db2a74a82395550**

Documento generado en 06/06/2023 11:53:34 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 **011 2021 00017 01**
DEMANDANTE: OLGA LUCÍA URUEÑA BOLAÑOS
DEMANDADAS: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, SKANDIA ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS SA y
SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA

Bogotá DC, treinta (30) 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 Colpensiones y surtir el grado jurisdiccional de consulta en su favor, respecto de la sentencia proferida el 8 de septiembre de 2022, por el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende la demandante que se declare de manera principal la nulidad del traslado del RPMPD al RAIS administrado por Skandia Pensiones y Cesantías SA, con fecha de efectividad a partir de diciembre de 1995, ante la falta del deber legal de información; en forma subsidiaria, la ineficacia o inoperancia de dicho traslado al no poderse predicar que su consentimiento fue libre, voluntario e informado al momento de la vinculación a ese fondo; en consecuencia, se condene a Porvenir SA a restituir a Colpensiones los valores obtenidos en virtud de su vinculación tales como cotizaciones, bonos pensionales y rendimientos; a su vez, solicita se condene a Colpensiones a recibirla como afiliada junto con los

valores obtenidos mientras estuvo vinculada en el RAIS y contabilizar las correspondientes semanas (pág. 6 arch. 1 C01).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que se afilió al extinto ISS desde julio de 1987 hasta noviembre de 1995; se trasladó a Skandia Pensiones y Cesantías SA con fecha de efectividad desde diciembre de 1995, sin embargo, no fue asesorada e informada de manera transparente, completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente, prudente, cierta y con experticia, respecto de las diferencias, beneficios, características, riesgos, desventajas, inconvenientes, implicaciones y prestaciones económicas de uno y otro régimen pensional, ni fue asesorada acerca de lo que le convenía para su futuro pensional, ni cuál era el capital que debía acumular a su cuenta de ahorro individual para poder adquirir su derecho a la pensión o que podía negociar el bono pensional para anticipar su pensión, tampoco fue informado acerca de su derecho al retracto; el 25 de junio de 2020 solicitó el traslado a Colpensiones, pero la solicitud fue negada; a la fecha de la presentación de la demanda se encontraba afiliada a Porvenir SA (págs. 4, 5 *idem*).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda se admitió el 31 de mayo de 2021, ordenando su notificación y traslado a las demandadas (arch. 4 C01), quienes dieron respuesta dentro del término oportuno.

Skandia Pensiones y Cesantías SA se opuso a las pretensiones y para ello, formuló como excepciones las denominadas Old Mutual no participó ni intervino directamente en el momento de selección de régimen, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante, prescripción y buena fe (págs. 2-22 archs. 6, 12 C01).

Porvenir SA se opuso a las pretensiones y para ello, formuló como excepciones las denominadas prescripción, compensación, inexistencia de la obligación y buena fe (págs. 2-21 archs. 7, 12 C01).

Colpensiones presentó oposición a lo pretendido. En su defensa propuso como excepciones las de errónea e indebida aplicación del art. 1604 del CC, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público (págs. 2-39 archs. 8, 12 *idem*).

La **Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado**, a pesar de haber sido legalmente notificada guardó silencio (pág. 1 arch. 9 *idem*).

III.SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en audiencia celebrada el 8 de septiembre de 2022, profirió sentencia en la que declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante a Old Mutual hoy Skandia Pensiones y Cesantías SA, por tanto nunca se trasladó del RPMPD al RAIS; en consecuencia, condenó a Porvenir SA a trasladar todos los valores que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante tales como aportes o cotizaciones, bonos pensionales que se hubieren solicitado, sumas adicionales con intereses o rendimientos que se hubieren causado, gastos de administración, primas de invalidez y muerte, y aportes al fondo de garantías; declaró no probadas las excepciones propuestas e impuso costas a cargo de Porvenir SA y Skandia Pensiones y Cesantías SA.

Para motivar la decisión adujo que conforme con la jurisprudencia la desinformación constituye un evento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación al régimen de ahorro individual administrado por los fondos privados cuando quiera que estos no corren la carga probatoria de acreditar que cumplieron con el deber legal de información suficiente, clara y completa, como en este caso ocurre dado que del interrogatorio de parte de la demandante no se logra demostrar en forma idónea tal aspecto, por tanto se debe entender que para todos los efectos legales la demandante nunca se trasladó al RAIS y por tanto, siempre permaneció en el RPMPD. Indicó que por encontrarse inmiscuido el riesgo de vejez de la afiliada, la presente acción se torna imprescriptible, sin que se den los requisitos sustanciales para que se dé la compensación invocada como excepción por Porvenir SA (archs. 17, 18 C01).

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones señaló que el acto mediante el cual la demandante se afilió al RAIS, fue plenamente válido y produjo efectos jurídicos tanto que la demandante efectuó aportes al fondo y contrajo una serie de obligaciones, pues como afiliada no está exonerada de su deber de ilustrarse frente a la decisión de cambio de régimen pensional, toda vez que no se encuentra disminuida en su capacidad para celebrar actos y contratos, y debe tener en cuenta que de su elección, dependerá su futuro pensional; aunado a ello la responsabilidad por los perjuicios que se causen a los afiliados con ocasión de cualquier infracción al deber de información debe recaer exclusivamente en cabeza de los fondos privados y no de Colpensiones, quien es apenas un tercero en ese negocio jurídico, sin que tenga la obligación de la doble asesoría, que se estableció como deber legal a partir del año 2014. Señaló que de confirmarse la decisión se debe ordenar a las AFP demandadas que trasladen la totalidad de los valores que hicieron parte de la cuenta de ahorro individual de la demandante en los términos que ha ordenado la jurisprudencia en estos casos.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 16 de enero de 2023 se admitió el recurso interpuesto y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones; y, conforme a lo normado en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (arch. 04 C02).

La demandante, Porvenir SA y Colpensiones presentaron alegaciones de instancia reiterando los argumentos expuestos en la demanda, sus contestaciones y el recurso (archs. 5-14 C02). Skandia Pensiones y Cesantías SA guardó silencio.

VI. ACLARACIÓN PREVIA

Resulta necesario aclarar que, la suscrita Magistrada Ponente no comparte las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, 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 arts. 66A y 69 del CPTSS, el problema jurídico a resolver consiste en verificar si el traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, surtió plenos efectos jurídicos, o si por el contrario, fue ineficaz por falta de información suficiente por parte de la administradora privada demandada, que le permitiera contar con un consentimiento informado en la celebración del acto jurídico; y en tal caso, cuáles son las consecuencias jurídicas de tal declaratoria.

No fue objeto de discusión y se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 22 de agosto de 1964 (pág. 22 archs. 1, 8.1 C01); **ii)** según la información que arroja el SIAFP de Asofondos y la historia laboral

que proyecta la oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda, cotizó al extinto ISS entre el 29 de julio de 1987 y el 29 de noviembre de 1995 un total de 260 semanas (págs. 68, 118-121 arch. 7); **iii)** el 30 de noviembre de 1995 se trasladó al RAIS administrado por la AFP Pensionar hoy Skandia Pensiones y Cesantías SA con fecha de efectividad desde el 1º de diciembre de la misma anualidad (pág. 37 arch. 6), **iv)** el 4 de agosto de 2003 se afilió a Porvenir SA con fecha de efectividad a partir del 1º de octubre siguiente (págs. 68, 69 arch. 7), administradora en la que actualmente se encuentra afiliado con un total de 1269 semanas, conforme las historias laborales consolidadas y la certificación, expedidas por dicha AFP el 14 de mayo de 2020 y el 1º de julio de 2021 (págs. 26-35 arch. 1, págs. 70-117 arch. 7 C01).

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 CSJ SL, 9 sep. 2008 rad. 31989 reiterada en la CSJ SL, 6 dic. 2011 rad. 31314, expresó:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

Así las cosas, conforme la jurisprudencia en cita, al alegarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al fondo de

pensiones, sin importar si el afiliado era o no beneficiario del régimen de transición, o tenía una expectativa pensional legítima para el momento del traslado, o si 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, la demandante se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Pensionar hoy **Skandia Pensiones y Cesantías SA**, el 30 de noviembre de 1995, luego el 4 de agosto de 2003 se trasladó a **Porvenir SA**, AFP a la que se encuentra actualmente afiliado, y si bien en los formularios de vinculación n.º 020813 y 01895557 (pág. 37 arch. 6, pág. 69 arch. 7 C01) se hace referencia expresa a que la decisión se adoptó de manera libre, espontánea y sin presiones, conforme al mandato del art. 114 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con lo previsto en el art. 11 del Decreto 692 de 1994, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna, 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 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 Skandia Pensiones y Cesantías 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 de la afiliada para esa época, tal como lo concluyó el *a quo*, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico de la afiliación al régimen de ahorro individual, así como del traslado posterior verificado, por lo que se **confirmará** la decisión de declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** de régimen pensional realizado por la demandante el 30 de noviembre de 1995 con su afiliación a la AFP Pensionar hoy Skandia Pensiones y Cesantías SA, efectiva desde el 1º de diciembre de esa anualidad (pág. 37 arch. 6, pág. 68 arch. 7C01).

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 **adicionar**á el numeral **tercero** de la sentencia apelada y consultada, para ordenar que tanto la AFP Skandia Pensiones y Cesantías SA como la AFP Porvenir SA, efectúen la devolución de la totalidad de las primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, gastos de administración y las comisiones, todos estos valores debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, con la discriminación y detalle de los valores a devolver.

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

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: ADICIONAR el numeral **tercero** de la sentencia proferida el 8 de septiembre de 2022, por el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en cuanto a que tanto **Skandia Pensiones y Cesantías SA**, como la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA**, deberán devolver, con destino a Colpensiones y con ocasión de la vinculación de la demandante, las primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, los gastos de administración y las comisiones, todos estos conceptos 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 y aportes pagados, 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**, atendándose los términos previstos en el art. 41 del CPTSS.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente



(en uso de permiso)

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/Ev9yMr_L_KxIjluR1kv-H2wBQDTwNbyK2a8AwvsS0eyPnQ?e=Nxx1kR

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: 98032b0bf9e1df97e055e14cb2b642367196d92395d740dce986e6ae41100f10

Documento generado en 06/06/2023 11:53:36 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 **022 2020 00188** 01
DEMANDANTE: LESME DAVID LAMBRAÑO LUNA
DEMANDADAS: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, COLFONDOS SA PENSIONES Y
CESANTÍAS y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA

Bogotá DC, treinta (30) 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 los recursos de apelación interpuestos por Porvenir y Colpensiones y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, respecto de la sentencia proferida el 4 de octubre de 2022, por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende el demandante que se declare la nulidad de los traslados efectuados el 4 de mayo y el 21 de junio de 1994 y el 5 de mayo de 1997 a Colfondos SA, Colpatria SA y Horizonte SA, respectivamente, dado que en la etapa precontractual no le brindaron información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales, ni de su situación pensional; en consecuencia, se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a Colpensiones tenerlo como su afiliado en el régimen de prima media con prestación definida como si nunca se hubiera trasladado en virtud del regreso automático (pág. 97 arch. 1 C01).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 1º de mayo de 1959; en su orden se trasladó el 4 de mayo y el 21 de junio de 1994 y el 5 de mayo de 1997 a Colfondos SA, Colpatria SA y Horizonte SA, sin embargo esas afiliaciones tienen inconsistencias porque la primera no cuenta con la firma del empleador y se hizo antes de cumplirse los 3 años contados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y la segunda se hizo sin respetar los 6 meses de permanencia en un fondo, por lo que no cumplen lo establecido en los arts. 13 de la Ley 100 de 1993, 11 y 16 del Decreto 692 de 1994; en todo caso, ninguno de los asesores le brindaron la información necesaria en relación con las características de ambos regímenes, ni le hicieron un estudio de su situación particular, solo le prometieron darle condiciones y beneficios muy superiores que en el RPMPD; el 14 de agosto de 2018 Porvenir SA le realizó una simulación pensional en la que se estableció que en la modalidad de retiro programado se podría pensionar a los 62 años con una mesada de \$781.242, valor inferior al que obtendría en el RPMPD para la misma época, que según sus cuentas arrojaría el monto de \$2.416.367, como primera mesada pensional; el 23 de octubre de 2018 reclamó administrativamente para solicitar la nulidad de los traslados efectuados ante Colfondos SA y Porvenir SA, siendo negada la petición por Colpensiones (págs. 97-99 *idem*).

II. TRÁMITE PROCESAL

Previa subsanación, la demanda se admitió el 24 de marzo de 2021, ordenando su notificación y traslado a las demandadas (arch. 4 C01), quienes dieron respuesta en término oportuno. Dicho auto se aclaró el 12 de julio de 2021 en relación con el nombre correcto de uno de los fondos privados a notificar (arch. 9).

Porvenir SA se opuso a las pretensiones y para ello, formuló como excepciones las denominadas prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (págs. 2-22 archs. 7, 11 C01).

Colfondos SA se opuso a las pretensiones y para ello, formuló como excepciones las denominadas buena fe, compensación y pago (págs. 4-15 archs. 8, 11 C01).

Colpensiones presentó oposición a lo pretendido. En su defensa propuso como excepciones de mérito las de errónea e indebida aplicación del art. 1604 del CC, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público (págs. 2-58 archs. 20, 21 *idem*).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, a pesar de haber sido legalmente notificada guardó silencio (archs. 6, 15).

III.SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en audiencia celebrada el 4 de octubre de 2022, profirió sentencia en la que declaró la ineficacia del traslado efectuado por el demandante al RAIS el 4 de mayo de 1994, por tanto nunca se trasladó al RAIS perteneciendo siempre al RPMPD, así mismo declaró la falta de validez del cambio entre fondos realizado el 21 de junio de 1994 ante Colpatria; ordenó a Porvenir SA trasladar a Colpensiones el saldo existente en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con sus correspondientes rendimientos, bonos pensionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía con prestación mínima. Así mismo condenó a Porvenir SA a devolver los gastos de administración y las primas del seguro previsional debidamente indexados a la fecha de entrega; condenó a Colfondos SA a remitir a Colpensiones los dineros que recaudó como gastos de administración durante el tiempo que perduró la aparente afiliación a este fondo debidamente indexados; ordenó a Colpensiones recibir los valores trasladados por los fondos y efectuar los ajustes en la historia laboral del demandante, pudiendo obtener por las vías judiciales pertinentes el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante; declaró no probadas las excepciones propuestas e impuso costas a cargo de las demandadas.

Consideró que conforme el criterio jurisprudencial vigente, los fondos privados son quienes tienen a su cargo el demostrar que cumplieron con el deber legal y objetivo de información; sin embargo ello no quedó acreditado, sin que pueda entenderse por suplida esta obligación con la simple firma impuesta en los formularios de afiliación, pues a lo sumo demostraría un consentimiento libre de vicios pero no informado y ninguna confesión se obtuvo del interrogatorio de

parte al demandante, lo que conlleva a declarar la ineficacia de la afiliación, aunado a que el cambio de fondo que se efectuó el 21 de junio de 1994 al RAIS se hizo bajo la prohibición establecida en el art. 16 del Decreto 692 de 1994, por tanto no resulta válido; sin que con ello, se vea afectada la sostenibilidad financiera del sistema dado que los aportes efectuados serían devueltos junto con sus rendimientos debidamente indexados al RPMPD (archs. 26, 27 C01).

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

Colpensiones señaló que el demandante afirmó en su interrogatorio de parte, haber firmado de manera libre y voluntaria los formularios de afiliación para vincularse al RAIS, por tanto no existe ningún vicio en su consentimiento, además aceptó que recibió una asesoría grupal al momento de la afiliación con Colfondos; se debe tener en cuenta que el demandante no se regresó a Colpensiones dentro de la época en la que podría hacerlo, y nunca se acercó a la entidad a obtener cualquier información acerca de su futuro pensional; por ende, no existió engaño alguno en su vinculación.

Porvenir SA sostuvo que el traslado del demandante es totalmente válido debido a la firma impuesta en el formulario y a que estuvo precedido de la debida asesoría verbal, como el mismo demandante afirmó en su interrogatorio de parte, lo realizó en forma libre, voluntaria y consciente, ejerciendo su derecho a la libre elección de sistema pensional; por ende, el fondo cumplió con las exigencias impuestas a las administradoras de fondos de pensiones dentro de la normativa vigente para la data de su primera afiliación en el RAIS; la inconformidad que padece el demandante en relación con el monto que podría obtener en su mesada pensional no puede tomarse como que se incumplió al deber de información.

Solicitó que en caso de que se confirme la decisión, no sea obligada a devolver gastos de administración ni la indexación, porque los rendimientos son superiores a los que hubieran generado los aportes del demandante en el RPMPD, lo que resulta del todo inequitativo, máxime cuando siempre hizo una correcta administración de los recursos del actor y actuó de buena fe generando los rendimientos e inversiones correspondientes conforme la normativa vigente, en todo caso se estaría generando una doble condena por el mismo concepto. Tampoco es viable ordenar la devolución de primas de seguros previsionales, pues ese monto ya no se encuentra en poder de la compañía por mandato legal.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 16 de enero de 2023 se admitieron los recursos interpuestos y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones; y, conforme a lo normado en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (arch. 04 C02).

El demandante y Porvenir SA presentaron alegaciones de instancia reiterando los argumentos expuestos en la demanda, su contestación y el recurso (archs. 5-9 C02).

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 arts. 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.

No fue objeto de discusión y se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** el demandante nació el 1º de mayo de 1959 (pág. 5 arch. 1 C01); **ii)** cotizó al extinto ISS entre el 25 de agosto de 1989 y el 15 de marzo de 1993 un total de 185,57 semanas (págs. 29, 30 arch. 1); **iii)** el 4 de mayo de 1994 se trasladó al RAIS administrado por la AFP Colfondos SA, efectiva a partir del 1º de junio del mismo año (pág. 7 arch. 1, pág. 56 arch. 7, pág. 100 arch. 8); **iv)** el 21 de junio de 1994 y el 5 de mayo de 1997 se afilió a las AFPS Colpatria y Horizonte hoy ambas fusionadas con Porvenir SA (págs. 8, 9 arch. 1, págs. 23, 24, 56 arch. 7, págs. 28, 29, 61 arch. 10), administradora en la que actualmente se encuentra afiliado con un total de 1564 semanas, conforme las historias laborales consolidadas y la certificación expedidas por esa AFP el 2 de agosto de 2018 y el 28 de abril de 2021 (págs. 15-28 arch. 1, págs. 25-47 arch. 7, págs.. 30-52 arch. 10 C01).

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 CSJ SL, 9 sep. 2008 rad. 31989 reiterada en la CSJ SL, 6 dic. 2011 rad. 31314, expresó:

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

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

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

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

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen

consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

Así las cosas, conforme la jurisprudencia en cita, al alegarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al fondo de pensiones, sin importar si el afiliado era o no beneficiario del régimen de transición, o tenía una expectativa pensional legítima para el momento del traslado, o si 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 **Colfondos SA**, el 4 de mayo de 1994, luego el día 21 de junio del mismo año y el 5 de mayo de 1997 se trasladó a las AFPS Colpatria y Horizonte, ambas absorbidas por fusión con **Porvenir SA**, AFP a la que se encuentra actualmente afiliado, y si bien en los formularios de vinculación n.º 058116, 007988 y 12334 (págs. 7-9 arch. 1; págs. 23, 24 arch. 7; págs. 28, 29 arch. 10 C01) se hace referencia expresa a que la decisión se adoptó de manera libre, espontánea y sin presiones, conforme al mandato del art. 114 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con lo previsto en el art. 11 del Decreto 692 de 1994, 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 Colfondos 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 de la afiliada para esa época, tal como lo concluyó la *a quo*, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico de la afiliación al régimen de ahorro individual, así como del traslado posterior verificado, por lo que se **confirmará** la decisión de declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** de régimen pensional realizado por el demandante el 4 de mayo de 1994 con su afiliación a la AFP Colfondos SA, efectiva a partir del 1º de junio de esa anualidad (pág. 7 arch. 1, pág. 56 arch. 7, pág. 100 arch. 8 C01).

De conformidad con la citada jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se retrotrae la situación al estado en el que se hallaría si el acto jamás hubiera existido, dejando sin efecto también los traslados posteriores, y las administradoras de fondos de pensiones respectivas deben devolver con destino a Colpensiones, la totalidad de aportes pensionales efectuados con ocasión del traslado, así como los rendimientos financieros, bonos pensionales, y también las 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, como lo ordenó la *a quo*, por lo que se **confirmará** la decisión, precisando que, salvo los aportes con sus rendimientos y los bonos pensionales, los demás conceptos cuya devolución fue ordenada, serán con cargo a los recursos de las AFPS demandadas, debidamente indexados.

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

Finalmente, en cuanto a la condena en **costas** impuesta en primera instancia a cargo de Colpensiones, entidad respecto de la que se surte el grado jurisdiccional de consulta, 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 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 únicamente a cargo de los fondos privados de pensiones, que con su omisión dan 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 esa 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 **octavo** de la sentencia apelada y consultada.

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 los numerales **segundo** y **tercero** de la sentencia proferida el 4 de octubre de 2022, por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en cuanto a que tanto **Colfondos SA Pensiones y Cesantías** como la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA**, deberán devolver debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, lo descontado de los aportes por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente detallado, conforme a lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

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

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

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente



(en uso de permiso)

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/EuFsX9tBixChbTagC8R2PoBicHc_6qcEFHah5qMPxqOIQ?e=pj5y2f

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: **16371d6d71f84eaf61017907d9eba94c091ef2433c33f7b0650593333a948604**

Documento generado en 06/06/2023 11:53:38 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 2019 00719** 01
DEMANDANTE: CARLOS HENRY TELLEZ MORA
DEMANDADO: EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO
y ASEO DE BOGOTÁ EAAB ESP

Bogotá DC, treinta (30) 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 absolutoria proferida el 21 de abril de 2022, por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende el demandante que se declare que en los arts. 57 y 58 de la CCT celebrada el 24 de noviembre de 2015, entre la demandada y la organización sindical a la cual se encuentra afiliado denominada Sindicato de Trabajadores y Empleados de Servicios Públicos, Corporaciones Autónomas, Institutos Descentralizados y Territorios de Colombia – Sintraemsdes, se pactó que los contratos de trabajo de quienes se encontraban vinculados a la empresa para la fecha de dicha firma, son a término indefinido, y por lo tanto, el contrato de trabajo a término fijo suscrito entre las partes integrantes de la litis el 2 de enero de 2013, junto con sus adiciones en la realidad y conforme lo pactado en la CCT de la cual es beneficiario, es a término indefinido; en consecuencia, se condene

a la demandada a insertar en dicho contrato de trabajo tal anotación (págs. 4, 5 arch. 1).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, afirma que los servidores públicos de la entidad demandada son trabajadores oficiales, quienes crearon la organización sindical Sintraemsdes, que a su vez celebró el 24 de noviembre de 2015, una CCT con dicha entidad, en cuyo art. 57, se pactó que para garantizar la estabilidad de los trabajadores, los contratos de trabajo se suscribirán a término indefinido, así como los de los vinculados a la mencionada fecha, aunado a que según el art. 58 *ídem* solo existen 2 eventos en los cuales es posible contratar a los trabajadores a término fijo, presupuestos que en su caso no se han dado.

Señaló, que el 2 de enero de 2013, suscribió con la demandada el contrato de trabajo a término fijo n.º 36646 con duración hasta el 1º de julio siguiente, para desempeñarse en el cargo de Tecnólogo Administrativo Nivel 30; el citado contrato fue prorrogado en varias ocasiones hasta el 31 de diciembre de 2013, al 30 de junio y al 31 de diciembre de 2014, al 31 de mayo y al 30 de noviembre de 2015; posteriormente, se celebró otro contrato a término fijo n.º 37036646 con vigencia entre el 2 de diciembre de 2015 y el 31 de diciembre de 2016, con prórrogas hasta el 31 de diciembre de 2017, el 31 de diciembre de 2018, y el 31 de diciembre de 2019, tiempos durante los cuales ha ejecutado el mismo cargo en forma ininterrumpida, en el que ha obtenido calificaciones sobresalientes en las distintas evaluaciones de su desempeño laboral realizadas por la demandada.

Agregó, que se encuentra afiliado a Sintraemsdes, y como se le efectúan descuentos con destino a la misma, es beneficiario de la mencionada CCT, *«por ende su estabilidad no está sujeta a participar en el concurso al cual hace alusión la convención colectiva»*, reclamó administrativamente pero fue negado lo pretendido el 21 de agosto de 2019, guardando silencio en relación con la duración de su contrato de trabajo y la inaplicabilidad de los concursos; no obstante, la demandada abrió concurso para proveer el cargo que ocupa en la actualidad, y lo sometió a participar en el mismo, por lo tanto, desconoce que en la realidad se encuentra vinculado a término indefinido (págs. 5-9 arch. 1).

II. TRÁMITE PROCESAL

Se admitió la demanda mediante auto del 25 de febrero de 2020, ordenándose su notificación y traslado a la demandada (págs. 103, 104 arch. 1), quien la contestó con oposición con el argumento de que la norma convencional es clara y no es susceptible de interpretaciones con alcances distintos a los allí dispuestos, máxime cuando el actor pretende deslegitimar y defraudar la CCT al buscar que jurisdiccionalmente se avale que no presente concurso de méritos para que sea contratado a término indefinido; propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, compensación y buena fe de la entidad (págs. 109-153, 392, 393 *ídem*).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, fue notificada y guardó silencio (pág. 384, 385).

III.SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 21 de abril de 2022, declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido propuestas por la demandada a quien absolvió de todas las pretensiones incoadas en su contra, e impuso costas a cargo del demandante, tras considerar que los arts. 57 y 58 de la CCT vigente para el período 2015-2019 deben analizarse en forma integral con lo dispuesto en los arts. 49 a 51, 53 y 59 *ídem*, primeros que establecen un régimen de transición fijado entre el 1º de diciembre 2015 y el 30 de noviembre de 2020, para facilitar el ingreso a la planta de personal de la demandada con contrato a término indefinido a través del agotamiento y aprobación de las etapas propias de un concurso de méritos de los trabajadores, por ende, la vinculación del demandante no contraría lo plasmado en la CCT, al encontrarse dentro de las excepciones señaladas en el art. 51.

Indicó que el mencionado periodo de transición tuvo como fin último además de brindarle estabilidad al personal vinculado, tener el tiempo necesario para diseñar e implementar el mencionado concurso de méritos y de esta forma, acceder a la vinculación a través de un contrato a término indefinido, sin que en este caso sea viable aplicar el principio de favorabilidad dado que la convención colectiva posee un solo entendimiento (arch. 6-8).

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El demandante argumentó que se debe tener en cuenta que es inminente que respecto de los trabajadores oficiales actualmente vinculados, la naturaleza y clase de sus contratos será a término indefinido, máxime que deben mantener su vigencia mientras subsistan las causas que le dieron origen y la materia del trabajo, de modo que con ello, se expresó cuál fue el querer de los contratantes que suscribieron la CCT para darle estabilidad laboral a los trabajadores que como él laboraban en la empresa para el 24 de noviembre de 2015 cuando se suscribió el convenio, pues ya llevaba 2 años laborando en forma continua e ininterrumpida para la demandada; de ahí que su contrato deba ser modificado a término indefinido, más aún cuando el art. 58 del texto convencional establece las situaciones claras y concretas en las que la entidad puede contratar personal mediante contratos a término fijo, por lo que considera que la entidad desatendió lo pactado en la CCT a la que la *a quo* le dio un entendimiento equivocado, aunado a que el régimen de transición desapareció el 30 de noviembre de 2020.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 2 de junio 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), pero solo presentó sus alegaciones de instancia la demandada reiterando los argumentos expuestos en la contestación a la demanda (archs. 6-8 *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 según los arts. 57 y 58 de la CCT celebrada el 24 de noviembre de 2015 entre la demandada y Sintraemsdes, el contrato del demandante debe entenderse celebrado a término indefinido.

En el caso bajo estudio, se tiene que Sintraemsdes, suscribió el 24 de noviembre de 2015, una convención colectiva con la demandada para la vigencia 2015-2019 (págs. 62-93 arch. 1), que dicho sea de paso se aportó con el lleno de los requisitos legales y jurisprudenciales (art. 469 del CST - CSJ SL8718-2014, CSJ SL21776-2017, CSJ SL265-2018 y CSJ SL535-2018). Al respecto, debe

indicarse además, que no fue objeto de discusión que el demandante es beneficiario de dicho acuerdo dado que hace parte de dicha organización sindical pues así fue admitido por la demandada al contestar el hecho 25 de la demanda (págs. 8, 122 arch. 1), y en la página 40 del mismo archivo, se aportó comprobante de nómina en el que consta que para agosto de 2019, se le efectuaban descuentos con destino al mencionado sindicato.

Efectuada la lectura de la convención colectiva reseñada, considera la Sala desafortunado el entendimiento otorgado por el apelante al texto establecido en el art. 57, que reza:

*«CLASE DE CONTRATO: Con el objeto de garantizar la estabilidad de los trabajadores entiéndase que todos los contratos que suscriba la empresa con los trabajadores, **serán celebrados a término indefinido**. La empresa se compromete a vincular a todos sus trabajadores oficiales mediante contrato de trabajo a término indefinido **previo concurso de mérito** con los criterios del escalafón.*

Respecto a los trabajadores actualmente vinculados, la clase y naturaleza de los contratos serán a término indefinido, entendiéndose como tales, aquellos que tienen vigencia mientras subsisten las causas que le dieron origen y la materia del trabajo. (...) (Negritas y subrayas de la Sala).

Por su parte, el art. 58, contiene excepciones al art. 57 en comento, en los siguientes términos:

«CONTRATO OCASIONAL Y TRANSITORIO Y A TÉRMINO FIJO: La Empresa podrá celebrar contratos que no tengan el carácter de contratos a término indefinido, cuando se trate de la realización de una obra o labor determinada, de la ejecución de un trabajo ocasional, accidental o transitorio, casos en los cuales podrá celebrarse por el tiempo que dure la realización de esta obra o trabajo únicamente.

De manera excepcional, la Empresa podrá vincular trabajadores mediante contrato laboral a término fijo única y exclusivamente en los eventos de remplazo de personal en vacaciones o en licencia. El término de estos contratos no podrá ser superior a la duración de las vacaciones y licencias en virtud de las cuales se realizan.

Así mismo se autoriza en caso de vacaciones definitivas, evento en el cual la duración del contrato no podrá ser en ningún caso superior a cinco (5) meses por cada una de las convocatorias que hubiere que realizar.

PARÁGRAFO: Lo anterior sin perjuicio de otorgar los encargos al personal de planta de acuerdo con las necesidades del servicio, caso en el cual la vinculación que aquí se autoriza procederá respecto de la vacancia que el encargo implica.

En ningún caso podrá vincularse trabajadores mediante contrato laboral al término fijo que no obedezca a las anteriores justificaciones ni por términos mayores a los especificados para cada evento.»

De acuerdo con lo anterior, es claro que la Convención Colectiva de Trabajo vigente entre los años 2015 y 2019, estableció en el art. 57 una garantía de estabilidad laboral consistente en que los contratos celebrados por la entidad serían a término indefinido, previo concurso de méritos; pero, también en el artículo siguiente se autorizó a la empresa para que, en 4 casos, efectúe la contratación de personal temporal o a término fijo, bajo ciertas condiciones:

Objeto del contrato	Duración
1.- Para la realización de una obra o labor determinada y la ejecución de un trabajo ocasional, accidental o transitorio.	Tanto cuanto dure la realización de la obra, labor o trabajo ocasional.
2.- Para reemplazar personal en vacaciones o licencias.	Tanto cuanto dure la situación administrativa de vacaciones o licencia, sin que pueda superar tal término.
3.- Para cubrir vacancias definitivas, evento en el cual la duración del contrato no podrá ser en ningún caso superior a 5 meses por cada una de las convocatorias que hubiere que realizar.	No podrá, en ningún caso, superar el término de 5 meses.
4.- Para reemplazar personal que se encuentre en situación de encargo.	Tendrá la misma duración del encargo del titular en otro cargo.

Según la documental que reposa en las páginas 24 a 39, 260 a 269, 272 a 281 del archivo 1, se encuentra que entre las partes se suscribieron 2 contratos de trabajo a término fijo: uno el 2 de enero de 2013, con base en lo dispuesto en la Ley 6ª de 1945, el Decreto 2127 de 1945 y el Acta de Acuerdo celebrada en diciembre de 2012 entre la EAAB ESP y la Subdirectiva de Bogotá de Sintraemsdes, por lo que se estableció que en cumplimiento a lo establecido en los arts. 23 a 25 de la CCT vigente en el período 2012-2014, *«se vienen adelantando los estudios correspondientes para definir el Modelo Público de Gestión Comercial, Operativa y Social de los Servicios de Acueducto y Alcantarillado, el cual estará definido en el año 2013, por lo que es necesario celebrar contratos de trabajo a término fijo, por un período de 6 meses, según el modelo público que se defina, todo conforme el acta suscrita entre Sintraemsdes Subdirectiva Bogotá y la EAAB ESP de diciembre de 2012, que da alcance a la Convención Colectiva de Trabajo 2012-2014 y que forma parte integral de este contrato»*, por lo anterior, de esa forma se pactó su duración con la Dirección de Gestión de Compensaciones, así como sus prórrogas para desempeñarse como Tecnólogo Administrativo Nivel 30 en la Gerencia Corporativa de Servicio al Cliente; de modo que estas situaciones, bien se enmarcan en la regla 1ª de la reseñada excepción.

El otro contrato, se suscribió con la Dirección de Mejoramiento de la Calidad de Vida el 2 de diciembre de 2015, de acuerdo con lo reglado en la Ley 6ª de 1945, los Decretos 2127 de 1945 y 1083 de 2015, y la CCT vigente entre 2015-2019, para desempeñarse en la Gerencia Corporativa de Servicio al Cliente; y al respecto, ha de advertirse que según el art. 57 ya transcrito, para que se efectúe la vinculación de los trabajadores oficiales mediante contrato de trabajo a término indefinido, debe haber mediado con anterioridad un concurso de

méritos con los criterios del escalafón, pues así se pactó en el inciso n.º 13 del preámbulo de la Convención Colectiva, y en los arts. 42 y 43, que regulan lo atinente al escalafón, promoción, los criterios para la elaboración de pruebas y el proceso de selección.

Aunado a ello, en los arts. 38 a 43, se pactó que a partir de la firma de dicha Convención Colectiva de Trabajo (24 de noviembre de 2015), la única planta de personal que existirá en la EAAB ESP, será la planta de personal mínima oficial acordada en la misma, esto es, 3539 cargos de trabajadores oficiales y 79 de empleados públicos, más 363 trabajadores oficiales que hacen parte de los procesos de lectura, revisiones internas, reparto y volanteo, y 69 trabajadores oficiales del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo. Lo cual considera la Sala que no contradice en absoluto lo dispuesto en el Acuerdo 24 del 20 de noviembre de 2015 (pág.. 94-101, 337-350 arch. 1), en tanto que la planta de personal mínima que se acordó entre el sindicato y la demandada, es superior en número de trabajadores a los números establecidos por la junta Directiva de la demandada, en el mencionado Acuerdo (3166 trabajadores oficiales que incluyen los 1193 cargos que se acordó crear en el art. 1º).

También, se pactó en los citados arts. 38 a 43, que para implementar los procesos de selección para llenar las vacantes que se generen, se debe dar aplicación al Ciclo de Desarrollo Humano que se aprueba, el cual se adelantará con base en unas priorizaciones de participación por parte de los trabajadores vinculados, en 4 etapas iniciando con aquellos que tienen contrato a término indefinido, luego los de contrato a término fijo o prestación de servicios con un tiempo superior a 4 años, luego por quienes tienen la misma modalidad contractual pero con vinculación entre 1 y 4 años, y finalizando con los que tengan cualquier modalidad de contrato con servicios por menos de un año o con personal externo.

A quienes se exceptúa del proceso de selección es a los trabajadores ingresados antes de la firma de la convención colectiva, pero con una vinculación a término indefinido, por razones de su experiencia empírica, situación que no es la del demandante, de ahí que para que pueda entrar a suscribir una modalidad contractual como esa, debe primero haber superado el concurso de méritos respectivo.

Además de lo anterior, en los arts. 49 a 52 y 54, se estableció un régimen de transición para quienes como el demandante, fueron contratados bajo las modalidades de contrato a término fijo y labor contratada para facilitar su ingreso con contrato a término indefinido a través de concurso de méritos de los trabajadores de la planta de personal oficial de la EAAB ESP, desde el 1º de diciembre de 2015 hasta el 30 de noviembre de 2020, por lo que como el demandante era parte de la planta transitoria, se pactó en dicho articulado que su contrato a término fijo venció el 30 de noviembre de 2015, tal y como da cuenta la última prórroga del primer contrato y el memorando interno n.º 1410001-2015-2821 del 28 de octubre del mismo año visibles en las páginas 267 a 269 del archivo 1.

De igual forma, se estableció que dichos trabajadores *«a partir del 1.º de diciembre de 2015, (...) serán vinculados con contrato a término fijo, dentro de la Planta Oficial Definitiva de la EAAB ESP por un término inicial de 13 meses que irá desde el 1.º de diciembre de 2015 hasta el 31 de diciembre de 2016. Estos contratos se prorrogarán automáticamente conforme con lo establecido en el capítulo de Formalización Laboral contenido en la presente Convención Colectiva de Trabajo»*, y que se les aplicaría la evaluación de eficiencia, que fue lo que ocurrió con el demandante, si se observa tanto el contenido, duración y prórrogas del segundo contrato suscrito con la demandada ya reseñado.

Así las cosas, el demandante sin duda alguna debió hacer parte del concurso de méritos conforme las 3 convocatorias que dispuso el art. 53, con la gran ventaja que según el párrafo 1º, se podía inscribir a las 3 convocatorias y aspirar al ascenso sin límite de niveles con las restricciones señaladas en la Convención Colectiva de Trabajo, pero no pasó la convocatoria (pág. 282 arch. 1).

A lo anterior se agrega que, el Comité de Desarrollo Humano y Empresarial – CODHE, a través de las actas del 16 de octubre y 21 de diciembre de 2018, pactó no solo con Sintraemsdes, sino con Sintraserpucol, aprobar la realización del concurso de méritos para la provisión de vacantes mediante contrato de trabajo a término indefinido, en los términos visibles en las páginas 289 a 294 del archivo 1, por lo que se sacó a concurso un número total de 2521 vacantes en un solo proceso licitatorio que debió iniciarse en el 2018, en cumplimiento de lo dispuesto en las convenciones colectivas suscritas con las dos organizaciones sindicales mencionadas.

De igual forma, en dichas actas se aprobó la forma de inscripción a las convocatorias, lo relacionado con la lista de elegibles y el modelo de probabilidad frente al puntaje definitivo, las respectivas actualizaciones de contratos, y los proyectos de resolución para establecer el proceso de selección y adoptar un procedimiento transitorio para proveer cargos, lo cual se materializó finalmente en las Resoluciones n.º 048, 087 del 13 de enero de 2020 (págs. 283-288 arch. 1) con las que se conforman las listas de elegibles para los cargos de Profesional Nivel 22 de la División Operación Comercial y el de Tecnólogo Administrativo Nivel 30 de la Dirección Apoyo Comercial de la entidad demandada; y con las Resoluciones n.º 081 y 082 del 29 de enero de 2019 y 0288 del 7 de abril de 2010 (págs. 295-323 arch. 1), última en la que además se dispuso el proceso de selección y promoción de personal para proveer vacantes mediante concurso de méritos.

Con base en lo hasta aquí expuesto, se concluye que la intelección efectuada por el apelante es errónea, sin que se pueda pasar por alto, que por el solo hecho de hacer renovaciones ininterrumpidas a los contratos de trabajo a término fijo, estos no cambian la naturaleza del contrato y que se mute a uno de duración indefinida, porque ello depende siempre del acuerdo de voluntades (CSJ SL, 5 may. 2006 rad. 27034 y CSJ SL, 1º dic. 2009 rad. 35902), por lo que no es válido el argumento del apelante consistente en que mientras subsistan las causas que le dieron origen, el vínculo permanecerá vigente en el tiempo (CSJ SL, 7 feb. 2003 rad. 19343), pues el empleador es libre de escoger la modalidad contractual que más convenga a sus necesidades, y por ende, el contrato a término fijo, goza de plena legitimidad dentro del ordenamiento aplicable a los trabajadores oficiales.

Las convenciones colectivas constituyen un todo y, por tanto, para desentrañar la intención de las partes, su interpretación debe ser integral, armónica y útil a los intereses y expectativas razonables de ambas partes (CSJ SL17030-2016), sin que sea viable acudir al principio de favorabilidad, porque este opera únicamente ante la coexistencia de normas vigentes que regulan la materia en una situación de duda (art. 21 del CSJ y CSJ SL, 11 mar. 2009 rad. 35213, CSJ SL450-2018 y CSJ SL2343-2020), lo que aquí no ocurre; tampoco puede alterarse el contenido de las mencionadas normas. De los textos aducidos no se derivan multiplicidad de interpretaciones que abran paso a la selección de una más favorable, cuestión suficiente para dar traste con lo invocado por el

apelante (CSJ SL, 15 feb. 2011 rad. 40662 rememorada en la CSJ SL12032-2015).

Las cláusulas en pugna, no admiten deducciones ni suposiciones, ni de las mismas se advierte duda u oscuridad, que permita a la Sala hacer conjeturas o elucubraciones en aplicación del principio de favorabilidad, al que hace referencia el apelante, para realizar una lectura inaceptable que traicione su contexto, pues para que sea viable la utilización de tal principio, necesariamente debe existir ambivalencia en la intelección de la disposición legal o convencional, conforme lo ha explicado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en las sentencias CSJ SL14064-2016 y CSJ SL5132-2017, última en la que indicó: *«[...] no puede tener cabida el principio de favorabilidad, cuando la norma con la cual se soluciona la [...] controversia judicial, es diáfana en su intención, espíritu y tenor literal, que no origina ningún conflicto o duda en su aplicación».*

Valga aclarar, que pese a la relevancia de la convención colectiva de trabajo en el marco del derecho a la negociación colectiva, y no obstante que, al examinar la naturaleza jurídica que le es propia, y de manera especial su campo de aplicación, se observan características que ciertamente desbordan los límites que la ley y la doctrina han señalado para los contratos de derecho común, es indudable que bajo nuestro sistema legal, ese convenio tiene origen y causa contractualistas, por lo mismo, tal aspecto determina que sean, en primer término, las partes que lo celebran, las más autorizadas para fijar un alcance determinado, o contenido de cualquiera de sus disposiciones, salvo, eso sí, cuando se adviertan dos o más interpretaciones razonables, y pueda acogerse la más favorable para los trabajadores, lo cual, en verdad, en este caso concreto no ocurre.

Y si bien los jueces gozan de un amplio margen de independencia y autonomía al fijar el alcance de este tipo de acuerdos bilaterales entre trabajador y empleador, dicha interpretación no puede ser arbitraria o desatender los términos naturales o literales en que las partes pactaron determinados beneficios o derechos; así que, siendo claro el alcance de las disposiciones contenidas en la convención colectiva a que se ha hecho referencia, y con independencia de la autonomía normativa que le es propia, no hay motivo alguno para apartarse de su tenor literal.

Finalmente, es necesario precisar que el modelo de interpretación que ha tomado esta Sala como ejemplo, es lo adocinado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias CSJ SL15963-2016 recordada en la CSJ SL16994-2017, proferidas dentro de procesos en contra de la misma entidad demandada en los que se ha planteado como problema jurídico uno similar al aquí dilucidado, y es, sin lugar a dudas, establecer si entre las partes en dichos litigios se configuró un solo contrato de trabajo a término indefinido regulado por artículos con la misma redacción a los aquí estudiados pero de Convenciones Colectivas vigentes en años anteriores al período en el cual estuvo vigente el acuerdo convencional aquí analizado.

Basta lo expresado para **confirmar** la sentencia apelada, porque como no es posible derivar más interpretaciones de la cláusula convencional que se estima inobservada, no puede el Tribunal fijar un alcance no previsto en aquella.

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 21 de abril de 2022, por el Juzgado 24 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**, atendándose los términos previstos en el art. 41 del CPTSS.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente



(en uso de permiso)

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/Ehg49C3669BK3wQrL-vIigBOIaaEUxFSaOfrm-5rQ4Ezg?e=aDDBN4](https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/Ehg49C3669BK3wQrL-vIigBOIaaEUxFSaOfrm-5rQ4Ezg?e=aDDBN4)

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: **a08a2c763df6f22e79b098c96ad4d3def6e3d979e60388932c4f73a30404a9f9**

Documento generado en 06/06/2023 11:53:40 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 **039 2021 00291 01**
DEMANDANTE: MANUEL ROBERTO QUINTERO MORENO
DEMANDADOS: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA Y
ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍA PROTECCIÓN SA

Bogotá DC, treinta (30) 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 22 de septiembre de 2022, por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende el demandante que se declare la ineficacia de la afiliación al RAIS surtida a través de la AFP Colmena AIG SA, y de las realizadas posteriormente, con Davivir SA y Porvenir SA, así como que siempre ha permanecido en el RPM. En consecuencia, solicitó que se condene a Porvenir SA a trasladar a Colpensiones la totalidad de las sumas depositadas en la cuenta de ahorro individual, con rendimientos y lo descontado por gastos de administración y reaseguro; y la última entidad, a recibirlo en el RPM y actualizar la historia laboral.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que cotizó al régimen de prima media desde el 15 de julio de 1982 hasta el 30 de noviembre de 1995; que el 29 de noviembre de 1995, se trasladó a Colmena SA a raíz de una visita realizada por asesores de ese fondo, en la que no se le suministró información clara, suficiente, veraz y oportuna sobre las implicaciones del cambio de régimen para su situación particular; que a comienzos del año 1999, se afilió a Davivir SA y en el mes de marzo de 2006, se trasladó a Porvenir SA (págs. 1 a 18, arch. 1).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue admitida el 31 de marzo de 2022, después de ser subsanada, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (arch. 7), quienes dieron respuesta oportunamente.

Porvenir se opuso a todas y cada una de las pretensiones, solicitando se le absuelva de ellas; formuló en su defensa las excepciones que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y compensación (pág. 2 a 29, arch. 10).

Colpensiones se opuso a la totalidad de pretensiones, invocando como medios de defensa las excepciones que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público (págs. 2 a 45, arch. 11).

Protección contestó oponiéndose a las pretensiones relativas a la declaratoria de ineficacia de traslado, e invocó en su defensa las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa e inexistencia de la obligación de devolver el seguro

previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe (págs. 3 a 26, arch. 12).

La **Agencia Nacional de Defensa Jurídica el Estado**, guardó silencio pese a haber sido notificada en debida forma (arch. 13).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 22 de septiembre de 2022, declaró que el traslado que hizo el demandante Manuel Roberto Quintero Moreno del régimen de prima media al régimen de ahorro individual a través de Colmena hoy Protección SA y con efectividad a partir del 1º de diciembre del 1995, es ineficaz y por ende no produjo efecto alguno por lo que se deberá entender que el demandante jamás se separó del régimen de prima media, situación que también se debía predicar del traslado que se hizo al interior del RAIS, es decir, a ING y a Porvenir.

Condenó a Protección SA a transferir a Colpensiones las sumas que recibió por gastos de administración por el tiempo que estuvo afiliado el demandante, esto es desde el 1º de diciembre de 1995 hasta el 30 de marzo de 2006, sin que le sea dable, descontar las primas de seguros previsionales invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, emolumentos que deben ser debidamente indexados. Se le requirió que al momento de cumplir la sentencia debía pormenorizar los ciclos, el IBC, aportes y demás información relevante para verificar el cumplimiento de la sentencia.

Ordenó a Porvenir SA transferir a Colpensiones, todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante Manuel Roberto Quintero Moreno, junto con sus rendimientos y los gastos administración que ha recibido desde el 1º de abril de 2006, junto con las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, estos emolumentos debidamente indexados, con la misma prevención de la discriminación de los detalles como se le dijo a Protección SA.

Ordenó a Colpensiones recibir los dineros de los que tratan los numerales segundo y tercero de la sentencia, y reactivar la afiliación del demandante al régimen de prima media sin solución de continuidad.

En síntesis, consideró que las demandadas Protección y Porvenir, no cumplieron la carga probatoria que le imponen las normas sustanciales y procesales, en torno al deber de información, en la medida en que las pruebas que rodean las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se dieron las afiliaciones son los formularios de afiliación que reposan en los expedientes administrativos y el interrogatorio de parte, de los cuales no se desprendía efectivamente cuál fue la información que se le entregó al demandante cuando se llevaron a cabo cada una de las afiliaciones, pues en el primer caso se trataba de formatos preimpresos y en el segundo no se verificó prueba de confesión, ya que en las respuestas el demandante no aceptó que había recibido información suficiente y transparente, así como tampoco, que se le hubiera puesto de presente qué requisitos tenía que obtener o cumplir en el régimen de prima media y en el régimen de ahorro individual para llegar al derecho pensional, cuáles eran esas diferencias sustanciales entre uno y otro y si le convenía o no le convenía, según su situación particular, trasladarse de régimen. Así mismo, estimó que la permanencia en el régimen de ahorro individual y los diferentes traslados efectuados al interior del mismo no ratifican, ni sanean las deficiencias atribuidas a las demandadas, debido a que tales figuras son propias de la nulidad y no de la ineficacia.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Protección apeló la condena relativa a la devolución de gastos de administración y seguros previsionales de manera indexada, con fundamento en que la cuenta de ahorro individual del demandante se encuentra en ceros debido a que ese ente trasladó los dineros a la AFP en la que aquel estaba afiliado. Agregó que no es procedente el traslado ordenado de manera actualizada, en la medida en que las cuentas de ahorro individual son patrimonios autónomos que constantemente se están actualizando, por lo que se estaría disponiendo de un doble pago, al tratarse de un sistema de capitalización. Por último, alegó que los descuentos anotados están autorizados por el art. 20 de la Ley 100 de 1993.

Porvenir SA inconforme con la decisión, interpuso recurso solicitando se revoque la sentencia y se le absuelva del pago y devolución de gastos de administración, primas de seguro y lo correspondiente al fondo de garantía de pensión mínima, con fundamento en que según lo dispuesto en el inc. 2º del art. 20 de la Ley 100 de 1993, en el Régimen de Prima Media también se realizan deducciones por los referidos conceptos, de modo que no forman parte integral de la pensión de vejez y están sujetos a la prescripción.

Agregó, que de ordenarse la devolución anotada, se configuraría un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones, ya que no existe norma que soporte ese pago, ya que el art. 113 de la Ley 100 de 1993, dispone concretamente los valores que se trasladan cuando existe cambio de régimen, que son exclusivamente el saldo de la cuenta individual y los rendimientos; y como tales recursos no pertenecen al afiliado, aquel no está legitimado por activa para reclamarlos, por lo que no se pueden disponer bajo el amparo de las facultades ultra y extra petita, pues en todo caso, si se condenan el gestor tendría que restituir los frutos financieros que le fueron consignados en su cuenta de ahorro individual, ya que así también lo ha sentado la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en torno a las restituciones mutuas previstas en el art. 1746 del CC; y que, no hay lugar a efectuar la devolución de los rubros indexados, pues los rendimientos financieros incluyen los frutos e intereses, lo que excluye la actualización ordenada y debe disponerse su compensación.

Colpensiones solicitó que se revoque la decisión de primera instancia con fundamento en que el demandante no cumple con los requisitos para trasladarse de régimen pensional conforme a los preceptos legales y jurisprudenciales, así mismo no se acreditó que hubiese existido algún tipo de engaño por parte de las AFP que diera paso a declarar la ineficacia del traslado, teniendo en cuenta que en las oportunidades legales nunca manifestó deseo alguno retractarse de la afiliación efectuada en el RAIS la cual se extendió por más de 26 años, por lo que debe asumir las consecuencias legales de tales decisiones que no son otras que las de regirse por las normas, procedimientos y requisitos establecidos para el régimen de ahorro individual con solidaridad desde el día que realizó su traslado.

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 por las demandadas y 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. 4, C002).

La parte demandante, Colpensiones y Porvenir SA presentaron alegaciones, la primera solicitando que se confirme la decisión de primer grado y las demandadas reiterando los argumentos expuestos en la contestación y en la alzada (arch. 6, 8 y 12, 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 14 de noviembre de 1960 (pág. 23, arch. 1); **ii)** cotizó al RPM a través del Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones desde el 15 de julio de 1982 hasta el 30 de noviembre de 1995, un total de 422 semanas (págs. 55 a 59, arch. 1); y, **iii)** se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Colmena hoy Protección, el 29 de noviembre de 1995 (pág. 35, arch. 12), luego a la AFP Davivir hoy Protección, el 4 de febrero de 1999 (pág. 36, arch. 12) y finalmente a Porvenir SA el 23 de febrero de 2006 (pág. 77, arch. 10), AFP 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 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, 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 Colmena, hoy Protección, desde el 29 de noviembre de 1995, luego a la AFP Davivir hoy Protección, y se trasladó finalmente a Porvenir SA, AFP en la que se encuentra actualmente afiliado, y si bien en los formularios 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 (antes Colmena), 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 29 de noviembre de 1995, con su afiliación a la AFP Colmena, hoy Protección SA.

De conformidad con la citada jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se retrotrae la situación al estado en el que se hallaría si el acto jamás hubiera existido, dejando sin efecto también los traslados posteriores, 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, como lo ordenó el *a quo*, por lo que se **confirmará** la decisión, precisando que, salvo los aportes y sus rendimientos, los demás conceptos cuya devolución fue ordenada, serán con cargo a los recursos de las AFP e indexados

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

Sin costas en la alzada, 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: PRECISAR los numerales segundo y tercero de la sentencia proferida el 22 de septiembre de 2022, por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en cuanto a que la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección SA** y la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA**, deberán devolver debidamente indexado y con cargo a sus propios recursos, lo descontado de los aportes por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y de sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, conforme a 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.

¹ CSJ SL1688-2019.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

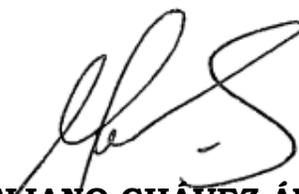
LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente

(en uso de permiso)

MILLER ESQUIVEL GAITÁN

Magistrado



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado

Hipervínculo al expediente digital*

https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EuK9TCNbARlJj086a2zq4q0BTKOPsP6jZNvixYSmw2mgxw?e=uI9IJS

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: **4261bc77d1e181fbf75dfda7a1bb73f11b2284f94e9cd7fbbeca577b0a1590e9**

Documento generado en 06/06/2023 11:53:41 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 **035 2019 00359 01**
DEMANDANTE: MARÍA PRISCILA LÓPEZ OLIVEROS
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 contra la sentencia proferida el 2 de febrero de 2022, por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende la demandante, que se condene a la demandada a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes a su favor en calidad de cónyuge de Luis Armando Celis Muñoz, a partir del 1° de abril de 2018, junto con los reajustes, el retroactivo, mesadas adicionales y los intereses moratorios previstos en el art. 141 de la Ley 100 de 1993, y en subsidio de estos, la indexación de los valores reclamados.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, manifestó que Luis Armando Celis Muñoz cotizó a Colpensiones hasta el 30 de marzo de 2018; que el 20 de abril de 1974 contrajo matrimonio con él; que convivieron hasta la fecha del fallecimiento ocurrida el 1° de abril de 2018; que según la historia

laboral el causante durante los tres años anteriores a su fallecimiento cotizó 115,71 semanas; que el 27 de agosto de 2018, solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, la cual fue negada por la entidad demandada (Págs. 4 a 12, arch.1).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda se admitió el 6 de junio de 2019, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (pág. 52, arch. 1).

Colpensiones dio respuesta con oposición a las pretensiones, con fundamento en que no se cumplen los requisitos establecidos legalmente para la adquisición del derecho reclamado. Y en su defensa propuso las excepciones que denominó carencia de causa para demandar, prescripción, buena fe, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho reclamado, inexistencia de intereses moratorios e indexación y compensación

La **Agencia Nacional de Defensa Jurídica el Estado**, guardó silencio (pág. 53, arch. 1).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 2 de febrero de 2022, declaró que la demandante es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento del afiliado en un 100% de la cuota pensional; y, en consecuencia, condenó a Colpensiones a reconocer y pagar la prestación a partir del 2 de abril de 2018, en 13 mesadas hasta que subsistan las causas que le dieron origen, junto con el retroactivo equivalente a \$39.215.864, de manera indexada a la fecha del pago (arch. 13) y declaró probada la excepción de compensación.

Consideró el juez de primer grado que en el presente caso era menester recurrir a lo previsto en el art. 12 de la Ley 797 de 2003, encontrando entonces en la historia laboral del afiliado que aquel registró 629,57 semanas en toda la vida laboral y 111,59 en los tres años anteriores al deceso; así mismo, dijo que se verificaba que Luis Armando Celis Muñoz en vida solicitó la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, la cual fue reconocida

mediante Resolución n.º 3880 del 27 de febrero de 2004, teniendo en cuenta 489 semanas, y reajustada mediante acto administrativo 48795 del 18 de octubre de 2007, no obstante, el afiliado había continuado cotizando para pensión por lo que del 1º de septiembre de 2015 al 30 de abril de 2018, registraba 111,59 semanas adicionales.

Con lo anterior, estableció que bajo el criterio sentado por la Corte Suprema de Justicia, aún en los casos en los que el afiliado haya recibido el pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, las semanas que sirvieron de base para su cálculo pueden ser tenidas en cuenta para efectos de establecer una prestación distinta como las derivadas de la invalidez o la muerte, cuando el beneficiario continúa cotizando al sistema para otras contingencias.

Sobre la condición de beneficiaria de la demandante, señaló que en el plenario estaba probado que aquella contrajo matrimonio con el causante y con las declaraciones recibidas se verificaba que la pareja compartió en reuniones familiares y que nunca se separaron. Además expuso que debía tenerse en cuenta, que de acuerdo con la reciente postura del Órgano de cierre de esta jurisdicción dada la calidad de afiliado del último no se requería la acreditación de los 5 años de convivencia, que se exigen en los casos en los que el causante ostentaba la calidad de pensionado.

Por lo anterior, dispuso el reconocimiento pensional y luego de efectuar los cálculos de rigor, estableció que la mesada ascendía al salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad, de acuerdo con lo normado en el art. 35 de la Ley 100 de 1993.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones solicitó que se revoque la sentencia de primer grado, con fundamento en que ese ente mediante la Resolución 3880 del 27 de febrero del 2004, liquidó y reconoció al causante una indemnización sustitutiva de pensión de vejez, y posteriormente dicha indemnización fue reajustada, teniendo en cuenta los aportes realizados posteriormente mediante las Resoluciones 48795 del 18 de octubre del 2007 y GNR 218587 del 22 de julio del 2015. De ahí que, de acuerdo con lo previsto en el art. 37 de la Ley 100 de

1993, no existían montos adicionales a reintegrar a la demandante, siendo incompatible a su vez la indemnización sustitutiva reclamada con el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.

De otro lado, expuso que existía duda sobre la calidad de beneficiaria de la gestora, en la medida en que de la versión de la testigo Elia se desprendía que la pareja no convivió de manera continua, ya que los únicos que sustentaban el hogar eran el señor Luis Armando Celis y ella como sobrina del afiliado.

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 Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta a su favor, y conforme a lo normado en el art. 15 del Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (arch. 4, C002).

Colpensiones presentó las alegaciones reiterando los argumentos expuestos en la alzada (arch. 5, C002).

VI. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada, y conforme a lo dispuesto en el art. 66A del CPTSS, el problema jurídico en este asunto consiste en establecer si la demandante acredita los supuestos necesarios para ser considerada beneficiaria de la pensión de sobrevivientes causada con ocasión de la muerte del pensionado Luis Armando Celis Muñoz, en calidad de compañera permanente.

Se encuentra probado en el plenario que: *i)* Luis Armando Celis Muñoz falleció el 1º de abril de 2018 (pág. 34, arch. 1); *ii)* en los últimos 3 años inmediatamente anteriores a su fallecimiento cotizó un total de 115,88 semanas (arch. *GRP-SCH-HL-2018_16331735-20181226105850*. Carp. 10) *iii)* Mediante Resolución n.º 003880 del 27 de enero de 2004, la encartada dispuso el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de

vejez, en cuantía única de \$4.111.903, liquidada sobre 489 (págs. 12 a 13, arch. *GEN-REQ-IN-2018_14327120-20181123115852*, Carp. 10), prestación que fue reliquidada en los actos administrativos n.º 048795 del 18 de octubre de 2007, en el que se tuvieron en cuenta 21 semanas adicionales y se dispuso el pago de \$279.757 (págs. 42 a 44, arch. *GEN-REQ-IN-2018_14327120-20181123115854*, Carp. 10) y en el n.º GNR 218587 del 22 de julio de 2015, en el que se ordenó el pago de \$192.711 (arch. *GEN-RES-CO-2015_7303864-20150812111928*, Carp. 10); *iv*). Que el 27 de agosto de 2018, la demandante solicitó ante la demandada el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes (arch. *GRP-FSP-AF-2018_10526724-20180827114247*, Carp. 10), pedimento que fue negado mediante la Resolución SUB 269336 del 16 de octubre de 2018 (arch. *GRF-AAT-RP-2018_10526724-20181016110949*, Carp. 10), confirmada en los actos administrativos SUB 315544 del 1º de diciembre de 2018 (arch. *GRF-AAT-RP-2018_14327120-20181201014850*, Carp. 10) y DIR 21217 del 7 de diciembre de 2018 (arch. *GRF-AAT-RP-2018_14327120_2-20181207080727*, Carp. 10).

De acuerdo a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se tiene decantado de manera pacífica y reiterada que en materia de pensión de sobrevivientes la norma aplicable es la vigente a la fecha del deceso del causante (1º de abril de 2018), esto es, los arts. 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, que modificaron los arts. 46 y 74 de la Ley 100 de 1993 (CSJ sentencias SL17521-2016, SL15873-2017, SL3348 - 2021, SL4958-2021, y SL2538 de 2021), según los cuales, para el caso, tienen derecho a la pensión de sobrevivientes los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando este hubiere cotizado 50 semanas dentro de los tres años inmediatamente anteriores al fallecimiento, y se reputan beneficiarios de la prestación, en forma vitalicia, el cónyuge o compañero (a) permanente supérstite que a la fecha del deceso del causante tenga 30 o más años de edad.

En este orden, tal como lo adujo el *a quo*, se observa que Luis Armando Celis Muñoz dejó causada la pensión de sobrevivientes en calidad de afiliado al sistema, en tanto que acreditó el mínimo de semanas exigido para el efecto, pues a pesar de que a su solicitud le fue reconocida por el ISS, y en principio, con el lleno de los requisitos legales, una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema

de Justicia, ha establecido de manera reiterada la procedencia de la pensión de invalidez y de la pensión de sobrevivientes, cuando el afiliado recibió una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, por cuanto se trata de riesgos distintos, sin que se incurra en la prohibición contenida en el literal j) del art. 13 de la Ley 100 de 1993.

En ese sentido, la alta Corporación lo ha considerado posible aun cuando deban tenerse en cuenta las mismas semanas que sirvieron para la liquidación de la indemnización referida. Al respecto, en un asunto de similar connotación al que ahora ocupa la atención de la Sala, en la sentencia CSJ SL3784-2019, precisó:

De entrada, advierte la Sala que de manera reiterada, su jurisprudencia ha establecido que, de acuerdo a la filosofía y los principios del sistema general de seguridad social, el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de una contingencia en el régimen de invalidez, vejez y muerte por origen común, no afecta el otorgamiento del derecho pensional por un riesgo diferente al que corresponde a dicha indemnización en ese mismo régimen (CSJ SL 30123, 20 nov. 2007, CSJ SL11234-2015 y CSJ SL1416-2019), es decir, que dichas prestaciones no son incompatibles, y que la afiliación al sistema no desaparece con el pago de tal indemnización.

[...]

Conforme a tal criterio jurisprudencial, se reitera que la exclusión a que hace alusión el literal d) del artículo 2.º del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, no implica entender que dentro de ese grupo están aquellos afiliados con posibilidades de beneficiarse con una pensión por un riesgo distinto al que corresponde a la indemnización sustitutiva, de modo que esta última prestación por concepto de invalidez o vejez es compatible con la pensión de sobrevivientes.

En efecto, recientemente, en un caso similar respecto de la norma en comento, la Sala también estimó que la exclusión en ella contemplada, se refiere es a que las cotizaciones no pueden servir nuevamente para atender el mismo evento (CSJ SL1416-2019).

Así las cosas, el Tribunal erró al considerar que la indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez y la pensión de sobrevivencia eran incompatibles porque hacían parte del mismo grupo de contingencias aseguradas por el ISS, toda vez que si bien la invalidez, la vejez y la muerte pertenecen al mismo grupo, son riesgos diferentes.

Igualmente, el juez plural se equivocó cuando adujo que las semanas que se utilizaron para pagar la primera prestación serían las mismas para cubrir la segunda, puesto que desconoció la figura jurídica de la compensación. Por ello, en casos como los que aquí se debaten, cuando se condena al pago de la pensión también se ordena descontar lo que se sufragó por indemnización sustitutiva, bajo el entendido de que procedía un mejor derecho.

No debe olvidarse que el derecho a la seguridad social es irrenunciable, premisa que implica que debe preferirse siempre el mejor derecho, aquel que más desarrolla los fines de la protección que, sin duda alguna, es la pensión.

Partiendo de los anteriores derroteros jurisprudenciales, con mayor razón encuentra la Sala acertada la decisión del *a quo*, al establecer que el afiliado dejó causada la pensión de sobrevivientes que reclama, pese a que recibió con anterioridad el pago de la indemnización sustitutiva de la pensión

de vejez, pues acreditó más del mínimo de semanas requeridas para la causación de la prestación por muerte, que además no fueron incluidas en la indemnización reconocida.

En consecuencia, le corresponde a esta Sala determinar si la demandante acreditó la calidad de beneficiaria de la prestación analizada, y si la convivencia entre ambos además de encontrarse vigente para el momento de la muerte de aquel, tenía una vocación de permanencia real y efectiva que se tradujera en la intención de conformar una familia, siendo indiferente el hecho de si la misma se mantuvo en los 5 años inmediatamente anteriores a la fecha del fallecimiento del causante.

Lo anterior, conforme al criterio vigente de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según el cual la convivencia mínima de 5 años para ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes en calidad de cónyuge o compañero permanente, es exigible únicamente cuando el causante de la prestación es un pensionado, aserto al que llegó tras analizar lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, en armonía con la exposición de motivos de la disposición y los fines de la pensión de sobrevivientes, para fijar así su verdadero alcance, el cual fue acogido de forma mayoritaria, en las sentencias CSJ SL3843-2020, CSJ SL3785-2020, CSJ SL4606-2020, CSJ SL36266-2020, CSJ SL5270-2021, CSJ SL489-2021, CSJ SL1905-2021, y CSJ SL2222-2021.

En la sentencia CSJ SL5270-2021, nuestro máximo órgano de cierre reafirmó el referido criterio, apartándose de lo razonado por la Corte Constitucional en la CC SU-149-2021, al considerar que no incurría en una interpretación irrazonable ni desproporcionada del supuesto normativo analizado, ni atentatoria del principio de sostenibilidad financiera del sistema, y estimó que la intelección adecuada del citado precepto normativo en concordancia con los pronunciamientos efectuados en sede de constitucionalidad, especialmente en la sentencia CC C-194-2003, y los fines y principios del Sistema Pensional, permitía concluir que:

Para ser considerado beneficiario de la pensión de sobrevivientes, en condición de cónyuge o compañero o compañera permanente supérstite del afiliado al sistema que fallece, no es exigible ningún tiempo mínimo de convivencia, toda vez que con la simple acreditación de la calidad exigida, cónyuge o compañero (a), y la conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte, se da cumplimiento al supuesto previsto en el literal de la norma analizado,

que da lugar al reconocimiento de las prestaciones derivadas de la contingencia, esto es, la pensión de sobrevivientes, o en su caso, la indemnización sustitutiva de la misma o la devolución de saldos, de acuerdo al régimen de que se trate, y el cumplimiento de los requisitos para la causación de una u otra prestación.

[...]

En este caso, el elemento diferenciador lo constituye la condición en la que se encuentra el asegurado causante de la prestación, de un lado, el afiliado que está sufragando el seguro para cubrir los riesgos de invalidez, vejez y muerte, que no tiene un derecho pensional consolidado, pero se encuentra en construcción del mismo, y para dejar causada la pensión de sobrevivientes requiere el cumplimiento de una densidad mínima de cotizaciones prevista en la ley.

Por otra parte, el pensionado, que con un derecho consolidado, deja causada la prestación a los miembros de su núcleo familiar con el solo hecho de la muerte, circunstancia en la que adquiere relevancia la exigencia de un mínimo de tiempo de convivencia, se itera, para evitar fraudes al sistema pensional, proteger su núcleo familiar de reclamaciones artificiosas y contener conductas dirigidas a la obtención injustificada de beneficios económicos del Sistema, cuya sostenibilidad debe salvaguardarse de tales actuaciones, precisamente para que sea posible el cumplimiento de los fines para los cuales fue previsto. (CSJ SL5270 de 2021).

También, en las referidas providencias se aclaró que para la aplicación de lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, no importaba la forma en se hubiese constituido el núcleo familiar, esto es, si fue por vínculos jurídicos o naturales, como quiera que el aludido núcleo es lo que protege el Sistema General de Seguridad Social. Lo anterior, de conformidad con el concepto de familia y su protección sin discriminación adoptado por la Corte Constitucional en sentencia CC C-521-2007.

Debe decirse que, a esas conclusiones arribó inicialmente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL1730-2020, no obstante, en sentencia CC SU-149-2021, la Corte Constitucional dispuso dejar sin efectos dicha providencia; empero, la Sala acoge la postura mayoritaria del Tribunal de Cierre de esta jurisdicción respecto de la interpretación del precepto contenido en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, por considerarla una interpretación adecuada, razonable, y que se acompasa con los fines de la pensión de sobrevivientes, esto es, la protección del núcleo familiar del asegurado o la asegurada que fallece; además por ser dicha corporación la llamada a unificar la jurisprudencia laboral, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 16 de la Ley 270 de 1996 y 235 de la CP.

Ahora bien, a efectos de determinar si el actor logró demostrar una convivencia efectiva, real y material con el afiliado fallecido, vigente al momento del deceso de éste, en virtud del nuevo criterio doctrinal expuesto,

debe recordarse que nuestro máximo órgano de cierre ha entendido por convivencia una «[...] *comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva- durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado*» (CSJ SL, 2 mar. 1999, rad. 11245; CSJ SL, 14 jun. 2011, rad. 31605; CSJ SL1399-2018, y CSJ SL3785-2020 entre muchas otras).

De ese modo, encuentra la Sala probado que la demandante y el causante, contrajeron matrimonio el 20 de abril de 1974 (págs. 32 a 33, arch. 1) y en cuanto a las declaraciones de terceros, se tiene que Delia Adelaida Hernandez Celis, dijo que el causante era su tío; que ella vivió con él toda la vida, aproximadamente 40 años atrás, por lo que al menos desde que tiene uso de razón le consta que el afiliado hizo vida marital con la demandante, ya que estaban casados, hasta que tuvo lugar el deceso del primero. Agregó que la pareja tuvo un hijo de nombre Giovanni Celis; que la gestora se la pasaba viajando a Girardot debido a que sufre de los huesos y allí llegaba a la casa de una amiga, sin embargo, siempre convivió con su esposo.

Por su lado, Martha Quintero Olmos, señaló que conoció al causante 25 años atrás porque él era el esposo de su cuñada María Priscila López, quien es la hermana de su cónyuge. Dijo que no era tan cercana al afiliado, pero que se veían en reuniones de fin de año, en fechas especiales, celebraciones de cumpleaños y cuando había promociones en el mercado, iban juntos y luego lo dividían, así mismo, que ella los visitaba dos o tres veces en el año, pero comunicaba por teléfono con la gestora y por lo anterior, le consta que la pareja convivió hasta el deceso del afiliado y que no se separaron en los cinco años anteriores a ese suceso.

Es así, que la valoración de las probanzas recaudadas, conforme a las reglas de la sana crítica, según lo establecido en el art. 61 del CPTSS, permite concluir, que en este caso, se acreditó la convivencia de los esposos, en los términos requeridos por la normatividad y jurisprudencia aducidas, para ser considerado la convocante beneficiaria de la pensión de sobrevivientes por la muerte de Luis Armando Celis Muñoz, pues no es cierto como se alega en el

recurso, que la deponente Delia Adelaida Hernandez Celis haya afirmado que la pareja estuvo separada de manera permanente, pues lo que se desprende de su dicho es que debido a su cercanía con ellos, debido a que habitó en el mismo lugar, le consta, que al menos, desde que ella tiene uso de razón la activa y el afiliado hicieron comunidad de vida y que eso fue así hasta el deceso de su tío.

Conforme a lo anterior, en lo que respecta a la cuantía de la pensión de sobrevivientes, es preciso mencionar, que ésta debe regirse por las reglas del artículo 21 de la Ley 100 de 1993, es decir, que se calcula con el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales cotizó el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si fuere inferior, cuyo monto mensual bajo los presupuestos del art. 48 ibídem corresponde al 45% del ingreso base de liquidación, sin que pueda ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad.

De ahí que al haberse establecido en primera instancia que la prestación corresponde al mínimo legal mensual vigente, en los términos del art. 35 de la Ley 100 de 1993, dicha determinación se mantendrá incólume; así como el reconocimiento en 13 mesadas al año, de acuerdo con lo previsto en el inc. 8º del art. 1º del Acto Legislativo 01 de 2005 y la fecha de causación del derecho, pues a pesar de que debió disponerse desde la calenda en que tuvo lugar el fallecimiento, el *a quo* ordenó el reconocimiento desde el día siguiente, sin embargo, no podría hacerse más gravosa la situación del apelante único, respecto de quien se está surtiendo el grado jurisdiccional de consulta.

En cuanto a la excepción de prescripción, tal como lo determinó el *a quo*, se tiene que la misma no tiene vocación de prosperidad, en la medida en que el derecho se causó el 1º de abril de 2018, la Resolución con la que se resolvió el recurso de apelación formulado contra el acto administrativo que negó el reconocimiento pensional data del 7 de diciembre de 2018 (arch. GRF-AAT-RP-2018_14327120_2-20181207080727, Carp. 10) y la demanda se incoó el 24 de mayo de 2019 (pág. 51, arch. 1).

La condena al pago del retroactivo pensional a partir del 2 de abril de 2018, se confirmará de acuerdo al análisis anterior, incluida su indexación que no fue objeto de controversia por la parte demandante, en los términos

que se ordenó y hasta la fecha de su pago efectivo; empero, se **modificará** la decisión para extenderlo hasta la fecha de esta sentencia, teniendo en cuenta lo previsto en el inc. 2º del art. 283 del CGP; y, efectuado el cálculo aritmético respectivo, las mesadas pensionales causadas desde la citada fecha y hasta el 30 de abril de 2023, inclusive, en cuantía de 1 SMLMV, teniendo en cuenta 13 mesadas al año, sin perjuicio de las demás que se sigan causando hasta su pago efectivo, ascienden a la suma de \$59.408.955 así:

AÑO	DEBIDO	MESADAS	SUBTOTAL
2018	\$ 781.242	9,96	\$ 7.781.170
2019	\$ 828.116	13	\$ 10.765.508
2020	\$ 877.803	13	\$ 11.411.439
2021	\$ 908.526	13	\$ 11.810.838
2022	\$ 1.000.000	13	\$ 13.000.000
2023	\$ 1.160.000	4	\$ 4.640.000
		TOTAL	\$ 59.408.955

Finalmente, como lo determinó el *a quo* es menester declarar probada la excepción de compensación y en virtud de ello autorizar a Colpensiones a deducir de la suma a pagar por retroactivo pensional, el valor efectivamente cancelado al afiliado por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez reconocida mediante Resolución n.º 003880 del 27 de enero de 2004 (págs. 12 a 13, arch. *GEN-REQ-IN-2018_14327120-20181123115852*, Carp. 10), así como los reajustes dispuestos en los actos administrativos n.º 048795 del 18 de octubre de 2007, (págs. 42 a 44, arch. *GEN-REQ-IN-2018_14327120-20181123115854*, Carp. 10) y n.º GNR 218587 del 22 de julio de 2015 (arch. *GEN-RES-CO-2015_7303864-20150812111928*, Carp. 10), sin embargo, se adicionará la decisión de primer grado, ya que las sumas reconocidas al afiliado además deberán ser indexadas desde la fecha en la que fueron pagadas, y hasta cuando se efectúe el pago del retroactivo, descontando la referida suma.

De otra parte, se autorizará a la entidad demandada a descontar lo correspondiente al aporte a salud en razón a que los pensionados son afiliados obligatorios al sistema de seguridad social en salud en virtud de los artículos 143 inc. 2º, 157 y 204 de la Ley 100 de 1993, y por ello la sentencia de primer grado también será **adicionada** en ese sentido.

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: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia proferida el 2 de febrero de 2022 por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en el entendido de **CONDENAR** a la Administradora Colombiana De Pensiones - Colpensiones a reconocer y pagar a la señora **María Priscila López Oliveros** por concepto del retroactivo causado del 2 de abril de 2018 al 30 de abril de 2023, la suma de cincuenta y nueve millones cuatrocientos ocho mil novecientos cincuenta y cinco pesos (\$59.408.955,00), que junto con las mesadas pensionales que se sigan causando, deberá ser debidamente indexado hasta la fecha de inclusión en nómina, según lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia proferida el 2 de febrero de 2022 por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en el sentido de autorizar a la Administradora Colombiana De Pensiones – Colpensiones a descontar de las mesadas pensionales ordenadas, el porcentaje correspondiente al aporte con destino al sistema de salud y los valores que efectivamente le fueron cancelados al afiliado Luis Armando Celis Muñoz por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez reconocida mediante Resolución n.º 003880 del 27 de enero de 2004, así como los reajustes dispuestos en los actos administrativos n.º 048795 del 18 de octubre de 2007, y n.º GNR 218587 del 22 de julio de 2015, debidamente indexados desde la fecha en la que fueron pagados, y hasta cuando se efectúe el pago del retroactivo de la pensión de sobrevivientes, acorde con lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada, según las consideraciones anteriores.

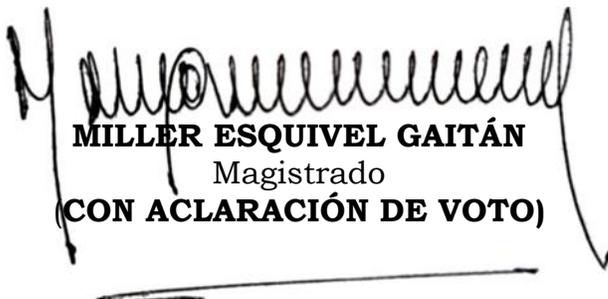
CUARTO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

QUINTO: 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
(CON ACLARACIÓN DE VOTO)



MARCÉLIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

Enlace expediente digital:

https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EkdtIEpEVm9LnmaT8b6i7GIBp2PcgSLq8xlx4nBhffuiFQ?e=zZq8kB

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: **0efc89411196225e31e174cea6de0fa297845a0fda7ae2b260b49a3ccf33c9b1**

Documento generado en 19/05/2023 03:23:06 PM

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

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