



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

Ordinario Laboral 1100131050 23 2019 00546 01
Demandante: JOSÉ VICENTE BELLO GUASCA
Demandado: COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., diez (10) de diciembre de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones, en contra de la sentencia proferida el 30 de junio de 2020 por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de *Colpensiones*, por cuanto la sentencia fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *José Vicente Bello Guasca*, formuló demanda ordinaria laboral en contra de *Colpensiones*, con la finalidad que se reconozca el incremento pensional del 14%, junto con su retroactivo e indexación, por cónyuge o compañero permanente a cargo.

En virtud de ello, que se condene a la encartada a pagar las sumas correspondientes del incremento pensional del 14%, para cónyuge o compañera permanente, desde el momento en que se causó el derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, expuso que mediante Resolución No. 2014-10442563 de marzo de 2015, *Colpensiones* le reconoció una pensión de vejez. Relata que se encuentra legalmente casado con la señora *Carmen Rosa Navarrete Millán*, quien depende económicamente de él y no recibe pensión alguna por parte del Estado, así como que es beneficiario del Régimen de Transición.

Resaltó que elevó solicitud ante la encartada solicitando el reajuste pensional por personas a cargo, pero le fue negado el mentado derecho bajo el entendido que solo las



personas que se hayan pensionado antes del 1º de abril de 1994 tienen derecho al incremento del 14%.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones, bajo el entendido que en la sentencia SU-149 de 2019, se indicó que con ocasión a la expedición de la Ley 100 de 1993, el artículo 21 del Decreto 758 de 199 fue objeto de derogatoria orgánica a partir del 1º de abril de 1994, por tanto, los incrementos del 14% se encuentran derogados.

Indicó además que, si en gracia de discusión, se llegasen a acreditar los requisitos para el reconocimiento del derecho, debe tenerse en cuenta que al demandante se le reconoció una prestación pensional mediante Resolución No. 10442563 de 2015 y se elevó reclamación administrativa hasta el año 2019, trayendo como consecuencia que sea procedente dar aplicación a la excepción de prescripción total por cuanto el derecho fue reclamado con posterioridad a tres años.

Formuló las excepciones de falta de causa para pedir, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe, compensación y la denominada innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintitrés Laboral de Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 30 de junio de 2020, declaró que *Colpensiones* debe reconocer y cancelar a favor del demandante, el valor correspondiente al 14% del incremento sobre el valor de la pensión mínima legal vigente, del artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, a partir del 1º de abril de 2015, y mientras subsistan las causas que le dieron origen.

Por ende, impuso condena en valor de \$7.776.825 sobre dichos incrementos y sin perjuicio de los que se causen a futuro, dineros que deberán ser debidamente indexados al momento del correspondiente pago, ordenando a la entidad descontar el respectivo porcentaje en salud, y declarando no probada la excepción de prescripción.

Para arribar a dicha conclusión, en primer lugar, indicó que no se encuentra en discusión que el actor acreditó el estatus de pensionado mediante la Resolución GNR 87952 del 25 de marzo de 2015, mediante la cual la demandada le reconoció la pensión por vejez a partir del 1º de noviembre de 2015 y en cuantía de \$1.515.789, de conformidad con lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990, por ser beneficiario del Régimen de Transición dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.



Respecto a los incrementos pensionales dispuestos en el artículo 21 de la disposición normativa ya referida, adujo que los mismo se encuentran vigentes, teniendo en cuenta que la Ley 100 de 1993 no dispuso ninguna derogación expresa ni tácita, máxime si la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia así lo ha definido.

Por tal razón, en lo que concierne a los requisitos en el caso del actor sobre el incremento pensional del 14% por compañera permanente a cargo, concluyó que tal calidad se acreditó respecto de la señora *Carmen Rosa Navarrete Millán*, como quiera que de las declaraciones extra juicio de la señora *Inés Orfidia Roa y María Judith Granados Lozano*, y de la misma declaración del demandante y de su compañera permanente, se estableció que en la actualidad llevan una vida marital con más de 40 años de convivencia, así como la respectiva dependencia económica, declaraciones extra juicio respecto de las cuales no se solicitó su ratificación, de ahí que se les haya dado pleno valor probatorio.

Frente a la excepción de prescripción, adujo que deben aplicarse los mismos postulados del Máximo Órgano de cierre, en el sentido de establecer que los incrementos pensionales al no ser parte de la prestación económica, prescriben de manera total si no se reclaman dentro de los tres años inmediatamente anteriores a su exigibilidad, por lo que al haberse reconocido pensión al demandante en el año 2015, el actor elevó reclamación administrativa en el año 2016 y derivado de esta, se emitió la Resolución 192482 del 29 de julio de 2016, respecto de la cual se interpuso recurso de reposición que fuese resuelto en la Resolución No. 299387 del 11 d octubre de 2016, y al haberse presentado la demanda el 13 de agosto de 2019, no operó el término trienal prescriptivo, aspectos todos por los que fulminó condena en contra de la entidad al declararse no probado el medio exceptivo.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Colpensiones expuso en su recurso, que los incrementos pensionales corresponden a uno de los aspectos del antiguo sistema de seguridad social que el legislador a través de la cláusula general de competencia y al expedir la Ley 100 de 1993, los derogó por no adecuarse a los parámetros del nuevo Sistema Integral de Seguridad Social, por lo que a partir del 1º de abril de 1994, los referidos incrementos sufrieron una derogatoria orgánica.

Que lo anteriormente referido, lo ha sostenido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en el sentido que el Régimen de Transición únicamente comprende la edad, el tiempo de semanas y el monto, comprendido este último como el porcentaje de la pensión que establece el régimen anterior, posición que se acompasa con pronunciamientos expuestos por la Corte Constitucional.



IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

La controversia gira en torno a determinar, si la accionante tiene derecho al reconocimiento y pago del incremento de la pensión en un 14%, en los términos del Acuerdo 049 de 1990.

c. Sobre la vigencia de los incrementos pensionales por cónyuge e hijos a cargo, de que trata el Decreto 758 de 1990:

Respecto del incremento pensional por personas a cargo, de que trata el Acuerdo 049 de 1990, para las personas que fueron pensionadas en virtud del régimen de transición que contempla la Ley 100 de 1993, es un tema que ha sido ampliamente estudiado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, concluyendo en múltiples pronunciamientos que los mismos se encuentran vigentes.

Así puede colegirse entre otras de las sentencias del 27 de julio de 2005 radicado 21517, del 5 de diciembre de 2007 radicados 29751, 29531, 29741, en las que se determina que los aludidos incrementos mantienen su vigencia, no obstante no haber sido incluidos de manera expresa en el régimen de prestaciones que contiene el actual sistema pensional, por el contrario, por no estar expresamente regulados debe entenderse que conservan su pleno vigor, al menos frente a quienes se reconoce el derecho al amparo del Decreto 758 de 1990, bien sea directamente o en aplicación al régimen de transición, como en el presente caso.

Con fundamento en la doctrina probable emanada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, respecto a la vigencia de los incrementos pensionales por personas a cargo, es que esta Sala de Decisión se aparta de manera respetuosa de la sentencia SU-140 de 2019, a través de la cual la Corte Constitucional dictó la sentencia de reemplazo a la Sentencia SU-310 de 2017 que fuera anulada mediante Auto 320 de 2018.

d. Del incremento del 14% previsto en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990.



Conforme con lo manifestado en la demanda, por medio de la Resolución GNR 87952 del 25 de marzo de 2015 conforme se aprecia del expediente administrativo allegado por *Colpensiones* en medio magnético (fl. 43), se reconoció pensión de vejez al demandante, por lo que no es objeto de discusión en el presente caso, que el actor es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, al habersele reconocido pensión de vejez con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, y con ello, es beneficiario de los incrementos bajo estudio.

El literal b) del artículo 21 del Decreto 758 de 1990, consagró los incrementos de las pensiones de invalidez por riesgo común y vejez, así:

“b) En un catorce por ciento (14%) sobre la pensión mínima legal, por el cónyuge o compañero o compañera del beneficiario que dependa económicamente de éste y no disfrute de una pensión.”

En tal sentido se aprecia, que son tres los requisitos que se debe acreditar para efecto del reconocimiento del incremento por cónyuge a cargo: (i) la calidad de cónyuge, compañero o compañera permanente, (ii) la dependencia económica respecto del pensionado y, (iii) que el cónyuge, compañero o compañera permanente dependiente no disfrute de pensión, ello en la medida en que la filosofía de los referidos incrementos fue la de alivianar la carga que pesa sobre el pensionado que tiene bajo su responsabilidad la manutención.

Respecto a la calidad de compañera permanente de la *señora Carmen Rosa Navarrete Millán*, se allegó declaración extra proceso de las señoras *Inés Orfidia Díaz Roa* y *María Judith Granados Lozano* realizada el 16 de mayo de 2019 (Fl. 10), quienes fueron contestes en señalar que conocen a *Carmen Rosa Navarrete Millán* por una relación de amistad, por lo que dan fe que convive con como pareja con el demandante desde hace 44 años, la cual depende económicamente de este en todos los aspectos, ya que no labora, no recibe ingresos por actividad independiente, no se encuentra pensionada por ninguna entidad pública ni privada, siendo el actor el único proveedor económico del hogar, unión de la que además se procrearon tres hijos.

Las anteriores declaraciones se acompasan, con una declaración extra proceso realizada por la *señora Carmen Rosa Navarrete Millán* (Fl. 8), quien en efecto concluyó las mismas situaciones descritas por las señoras *Orfidia Díaz Roa* y *María Judith Granados Lozano*, y que se acompasa con lo enunciado por el demandante en el interrogatorio de parte, quien adujo que ser su pareja desde hace 45 años, la cual no labora, no cuenta con ingresos y no es pensionada.

De esta manera, de las declaraciones extra proceso y demás pruebas referidas, se constata que se encuentra plenamente acreditada la dependencia económica de la



señora *Carmen Rosa Navarrete Millán* respecto del demandante, ostentando la calidad de compañera permanente. Por tanto, se concluye que el actor cumple con los supuestos de hecho del artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, y por ende le asiste el derecho al reconocimiento del incremento pensional por cónyuge a cargo del 14% sobre la pensión mínima legal.

Sobre este punto, ha de destacarse que como lo dispuso el *a-quo*, de las declaraciones extra proceso no se solicitó su ratificación, y además se corroboran con el dicho de la señora quien comparece en calidad de testigo *Carmen Rosa Navarrete Millán*, aunado a ello que resultan coherentes sus asertos.

e. Sobre la prescripción del incremento pensional:

Respecto a la prescripción, propuesta como excepción en la contestación de la demanda, encuentra esta Sala, que esta se tiene como no probada, dado que, a la luz de la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se ha sentenciado que, es razonable afirmar la extinción del derecho a incrementar la pensión en los porcentajes señalados en los artículos 21 y 22 del Acuerdo 049 de 1990, por personas a cargo, en la medida en que entre la fecha del reconocimiento pensional, o del cumplimiento de los requisitos si acaecen con posterioridad, y la reclamación administrativa transcurrió un término superior a los tres años previstos en los artículos 488 del C.S.T y 151 del C.P.T. y de la S.S., y ello por cuanto los incrementos a que aluden los artículos precedentes, no forman parte integrante de la pensión por no gozar de los mismos atributos, por lo que pueden prescribir si no se reclaman en tiempo.

Tal postura ha sido sostenida invariablemente por dicha Corporación desde la sentencia del 12 de diciembre de 2007, radicado 27.923, ratificada el 18 septiembre de 2012, en los radicados 40919 y 42.300 y en la sentencia del 23 de julio de 2014 radicado 57.367.

En ésta última, se rememoró lo dicho en la sentencia con radicación 27.923, en la que respecto a la prescripción del derecho a reclamar los incrementos por personas a cargo, puntualizando que:

“(...) No puede negarse que los incrementos nacen del reconocimiento de la pensión de vejez, pero ello no quiere decir que formen parte integrante de la prestación, ni mucho menos del estado jurídico del pensionado, no sólo por la expresa disposición normativa, como ya se apuntó, sino porque se trata de una prerrogativa cuyo surgimiento no es automático frente a dicho estado, pues está condicionado al cumplimiento de unos requisitos, que pueden presentarse o no.

“La alusión normativa atinente a que el derecho a los incrementos ‘subsiste mientras perduren las causas que le dieron origen’, antes que favorecer la



imprescriptibilidad, obran en su contra por cuanto implícitamente parte de la hipótesis de que se trata de un derecho que no es vitalicio en tanto su persistencia requiere que se sigan dando las causas que le dieron origen, de modo que aunque, parezca redundante, la desaparición de estas provoca su extinción.

“De ahí que a juicio de esta Sala bien puede aplicarse para efectos de estos incrementos la tesis de que los mismos prescriben si no se reclaman dentro de los 3 años siguientes a su exigibilidad, debiendo entenderse que son exigibles desde el momento en que se produjo el reconocimiento de la pensión de vejez o de invalidez”.

Aunado a lo anterior, en la sentencia con radicado 40.919 antes citada, se señaló, que por el acaecimiento de la prescripción se extingue el derecho a incrementar la pensión en los porcentajes señalados en los artículos 21 y 22 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990, al haberse cumplido el plazo trienal establecido por la ley, *“al punto que no es posible considerar su existencia para ningún efecto, porque al desaparecer del ámbito jurídico entran al terreno de las obligaciones naturales que, como sabe, no tienen fuerza vinculante”.*

Dicha posición se ha mantenido, incluso en la sentencia SL 2711 del 17 de julio de 2019, en la cual además se analiza la exigibilidad desde el cumplimiento de los requisitos del Acuerdo 049 de 1990. Con fundamento en lo anterior, esta Sala se acoge al precedente unificado y permanente que ha mantenido nuestro máximo órgano de cierre, que además constituye doctrina probable, por lo que en el presente caso se observa que los incrementos solicitados no se encuentran prescritos, pues como lo sostuvo el fallador de instancia, al demandante le fue reconocida pensión de vejez mediante la Resolución GNR 87952 del 25 de marzo de 2015.

Con posterioridad, el actor mediante reclamación administrativa elevada el 27 de mayo de 2016 solicitó el incremento pensional por personas a cargo, siendo negado por la encartada a través de la Resolución GNR 192482 del 29 de junio de 2016, frente a la cual el actor elevó recurso de reposición el 16 de agosto de 2016, siendo resuelto por la pasiva en Resolución GNR 9387 del 11 de octubre de 2016 confirmando la negación de los incrementos, y al haberse presentado la demanda el 13 de agosto de 2019 (Fl. 14), y notificándose a la entidad dentro del año siguiente, más exactamente el 4 de octubre de 2019 (Fl. 17), de ahí que no haya operado término prescriptivo alguno.

Implica lo anterior que no se encuentra llamada a prosperar la excepción de prescripción y en tal sentir, será confirmada la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia.

DECISIÓN:




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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 30 de junio del 2020, por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, con fundamento en los argumentos expuestos en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

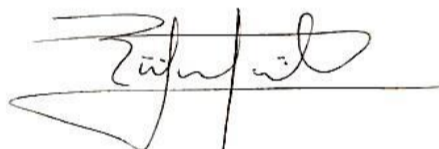
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



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

Ordinario Laboral 1100131050 38 2019 00060 01
Demandante: ORLANDO CUBIDES CUADRADO
Demandados: COLPENSIONES E INDUSTRIA DE ELECTRODOMÉSTICOS
 S.A.S -INDUSEL S.A.S.-
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., diez (10) de diciembre de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, *Industria de Electrodomésticos S.A.S -INDUSEL S.A.S.-*, así como a desatar el grado jurisdiccional de consulta en favor de *Colpensiones*, respecto de la sentencia proferida el 12 de agosto de 2020 proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *Orlando Cubides Cuadrado* presentó demanda ordinaria laboral en contra de *Colpensiones* y de la *Industria de Electrodomésticos S.A.S -INDUSEL S.A.S.-*, a efectos que se condene a la referida sociedad a realizar el pago de los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones desde el mes de abril de 2016 hasta el mes de enero de 2017, ordenado realizar el retiro del sistema a partir del 17 de enero de 2017; de igual manera se condene a *Colpensiones* al pago del retroactivo pensional causado entre el 17 de enero de 2017 y el 28 de febrero de 2018.



1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que nació el 14 de septiembre de 1954 y mediante Resolución No. SUB 42682 del 19 de febrero de 2018, Colpensiones le reconoció la pensión de vejez a partir del mes de marzo de 2018 en cuantía de \$781.242; relata que el reconocimiento se hizo a corte de nómina, teniendo en cuenta que no registra novedad de retiro, pese a que el último aporte se realizó en el mes de marzo de 2016; refiere que laboró al servicio de *INDUSEL S.A.S.* desde el 28 de marzo de 1988 hasta el 16 de enero de 2017, sociedad que además, certificó el 4 de agosto de 2016 que el accionante no aporta a fondo de pensiones, y por error se solucionaron aportes de febrero y marzo de 2016; de igual manera, en certificación del 6 de agosto de 2016 hizo constar que la relación laboral estuvo vigente entre el 28 de marzo de 1988 y el 16 de enero de 2017.

Que en las planillas de aportes no se evidencia retiro del sistema por el empleador, sin que haya solucionado tal irregularidad, pese a que fue solicitada oportunamente mediante derecho de petición del 15 de agosto de 2018.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones operó la *litis contestatio* señalando que de la revisión de la historia laboral el accionante reporta cotizaciones con el empleador *INDUSEL S.A.S* desde el 1º de enero de 1995 hasta el 31 de marzo de 2016, por lo cual no le constan los hechos narrados en la demanda frente a la relación laboral; de otra parte, que es cierto el reconocimiento pensional, y que para el 1º de abril de 2016, se realiza un pago de aportes por valor de \$145.80.

Propuso y sustentó las excepciones de mérito de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y la innominada o genérica.



Por su parte la sociedad *INDUSEL S.A.S.* contestó la demanda señalando que, para el mes de enero de 2017, cuando terminó la relación laboral, se reportó la novedad de retiro, lo cual se evidencia en la planilla Pila No. 32665776 de Arus; que el actor en septiembre de 2014 solicitó la suspensión del pago de aportes a pensión de conformidad con lo regulado en el artículo 4º de la Ley 797 de 2003, toda vez que tenía cumplidos los requisitos para acceder a la pensión, y había radicado la respectiva petición de reconocimiento. No obstante, no le fue reconocida la pensión, lo que motivo el pago de aportes de los meses de febrero y marzo de 2016, año en que cumplía 62 años.

Formuló las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación, falta de causa y cobro de lo no debido, prescripción, buena fe.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 12 de agosto de 2020 declaró que al señor *Orlando Cubides Cuadrado*, le corresponde el pago de mesadas pensionales causadas en su favor, a cargo de *Colpensiones*, a partir del 17 de enero de 2017, fecha que corresponde a la del retiro del servicio y de causación efectiva de mesadas pensionales en su favor; ordenó a la sociedad *Industria De Electrodomésticos S.A.S. -INDUSEL S.A.S.-*, que pague a favor del demandante y con destino a *Colpensiones*, los aportes pensionales para los meses de octubre de 2014 a enero de 2016 y de abril de 2016 al 16 de enero de 2017, junto con los intereses moratorios que proceden, siendo de cargo del accionante hacer el aporte correspondiente a la proporción del trabajador para esos mismos periodos; y ordenó a *Colpensiones*, que efectuó el pago de las mesadas pensionales a partir del 17 de enero de 2017, teniendo en cuenta para el efecto las semanas de cotización que se evidenció, se encontraban en mora en el curso del presente proceso, las que necesariamente deben ser tomadas en cuenta para determinar el valor definitivo de la prestación, la que deberá ser liquidada en los términos de la ley 100 de 1993.



Para tal efecto estimo en primera medida, que no existió discusión respecto de la existencia del contrato de trabajo entre el actor e *INDUSEL S.A.S.* con vigencia entre el 28 de marzo 1988 y el 16 de enero de 2017; de otra parte, el accionante no era beneficiario del régimen de transición y de otra parte para al haber nacido el 14 de septiembre de 1954, por lo que en el año 2016 cumplió con 62 años, teniendo el mínimo de semanas requeridas por la Ley 100 de 1993, y en virtud de lo cual le fue reconocida la pensión de vejez por *Colpensiones*, no obstante, la empleadora no registró en debida forma la novedad de retiro del sistema con ocasión de la desvinculación definitiva acaecida en enero de 2017, razón por la cual se reconoce la prestación desde la inclusión en nómina de pensionados.

Frente a la fecha de causación, señala que el artículo 13 Decreto 758 de 1990, señala que se reconocerá la pensión una vez se encuentren reunidos los requisitos para ello, siendo necesaria en todo caso la desafiliación, debiéndose acoger para la liquidación hasta la última semana cotizada; de igual manera el artículo 35 *ejusdem*, consagra para efectos del pago, que se acredite el retiro efectivo del servicio, motivo por el cual para que el actor accediera a la pensión, debía demostrarse el retiro del sistema o que haya expirado al relación contractual, considerando que a folio 102 reposa el reporte de semanas cotizadas, en el cual se evidencia una novedad de retiro de septiembre de 2014, lo que denotaba el interés del trabajador de pensionarse para dicha data, y al no ser beneficiario del régimen de transición la prestación fue denegada, por lo cual no era dable cesar el pago de las cotizaciones en virtud de lo regulado en el artículo 17 de la Ley 100 de 1993.

De otra parte, que los aportes que se solucionaron en el año 2016 se debieron hacerse y no constituyen un yerro, en tanto subsistía la relación laboral, y por otra parte, no se reportó la novedad del retiro para el año 2017, lo cual no se subsana con el reporte del año 2014.



Finalmente, que la pensión de vejez debe estudiarse por *Colpensiones* con base en los aportes debe sufragar la empleadora, toda vez impacta de manera directa la liquidación de la misma, siendo además cargo del accionante el solucionar la proporción que le correspondía por concepto de aportes.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

La parte demandada *INDUSEL S.A.S.* formula recurso de apelación señalando que el actor con fundamento en el artículo 4º de las Ley 797 de 2003, en el año 2014 solicitó la suspensión del pago de aportes, a lo cual accedió de buena la sociedad empleadora verificando la novedad de retiro desde el mes de octubre de dicha anualidad, sin que el demandante le haya notificado que no le fuera reconocida la pensión de vejez, ni dicha situación le fuera comunicada por *Colpensiones*

De otra parte, que se debe aplicar la desafiliación tácita del sistema, lo cual se evidencia por haber exteriorizado la intención de dejar de cotizar y solicitar el reconocimiento pensional, aunado a ello que, de condenarse al pago de los aportes, también debió emitirse orden de pago de la pensión desde el cumplimiento de los 62 años de edad, esto es, en el año 2014, por lo cual no resulta procedente el pago de aportes de los años 2016 y 2017.

Finalmente, que no era dable emitir condenas en uso de las facultades *ultra y extra petita*, en tanto aquellas se restringen a salarios, prestaciones e indemnizaciones, mas no de aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, y que, al actuar de buena fe no resulta procedente al pago de intereses moratorios.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:



Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse (i) si es dable disponer el pago de aportes pensionales; (ii) si el reconocimiento pensional en caso afirmativo debió hacerse desde el cumplimiento de edad; (iii) si se debe revocar la condena al pago de intereses moratorios; y, (iv) si el *a-quo* se extralimitó en el uso de las facultades ultra y extra petita.

a. Pago de aportes:

Es menester señalar como primera medida, que no existe discusión en el plenario que entre el señor *Orlando Cubides Cuadrado* y la sociedad *Industria de Electrodomésticos S.A.S. -INDUSEL S.A.S.-*, existió como medio vinculante un contrato de trabajo, el cual culminó el 16 de enero de 2017, por retiro voluntario del trabajador.

De igual manera, de la historia laboral expedida por *Colpensiones* se advierte que la sociedad empleadora, en vigencia del contrato de trabajo, reportó la novedad de retiro del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones para el período de octubre de 2014, sin que se haya censurado el hecho que se debió a que medio una solicitud del trabajador en tal sentido, pues era su deseo acceder al reconocimiento de la pensión de vejez, al estimar el cumplimiento de los requisitos para tal efecto.

Lo anterior se evidencia además del contenido de la Resolución No. GNR 134943 del 10 de mayo de 2015, mediante la cual se desató el recurso de reposición contra la



Resolución No. 434152 del 20 de diciembre de 2014, mediante la cual se negó el reconocimiento de la pensión de vejez.

Ahora bien, aduce el recurrente que el reporte se verificó actuando en cumplimiento de la solicitud del trabajador, la cual se acompasa con las previsiones del artículo 4º de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 17 de la Ley 797 de 2003. Sobre el particular, dicha normativa consagra:

“Obligatoriedad de las Cotizaciones. Durante la vigencia de la relación laboral y del contrato de prestación de servicios, deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados, los empleadores y contratistas con base en el salario o ingresos por prestación de servicios que aquellos devenguen.

“La obligación de cotizar cesa al momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez, o cuando el afiliado se pensione por invalidez o anticipadamente.

“Lo anterior sin perjuicio de los aportes voluntarios que decida continuar efectuando el afiliado o el empleador en los dos regímenes.

Ahora bien, sobre la intelección de dicha normativa, resulta preciso traer a colación lo expuesto por la Sala de Casación Laboral, de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con Radicación No. 39206 del 7 de febrero de 2012, en la que adoctrinó:

“Ahora bien, la discrepancia jurídica de la acusación con respecto a la sentencia acusada, radica en el entendimiento que en dicha providencia se asignó a los artículos 13 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, y al artículo 17 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 4 de la Ley 797 de 2003, en torno a que, para el disfrute de la pensión, sólo se requiere la desafiliación del Sistema General de Pensiones, sin que tenga ninguna incidencia en contra que el asegurado continúe laborando.

“Es pertinente anotar, respecto de la primera disposición que cita la censura como interpretada erróneamente, el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, que esta distingue dos conceptos, el de causación de la pensión de vejez y el disfrute de la misma; el primero se refiere a que el derecho nace cuando la persona reúne las



exigencias de edad y semanas cotizadas y el segundo, apunta a que, para comenzar a percibir las mesadas pensionales, se requiere la desafiliación del régimen, sin ningún otro requerimiento, de allí que no tenga sustento en esta preceptiva, la condición que sostiene la acusación, de que debe darse la desvinculación del trabajador para que pueda comenzar a disfrutar la pensión. Basta remitirnos al contenido textual de la norma aludida, que es el siguiente, para verificar que en ella no se hace ninguna mención a la obligatoriedad de la desvinculación laboral que pregona la entidad de seguridad social vinculada al proceso:

[...]

“En sentido concordante con el precepto antes visto, se encuentra que el inciso segundo del artículo 17 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 4 de la Ley 797 de 2003, dispone que la obligación de cotizar al Sistema General de Pensiones cesa en el momento en que el afiliado reúne los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez, o cuando este se pensione por invalidez o anticipadamente, pero no dispone ninguna limitante respecto al vínculo laboral que exista para ese momento y, tampoco, impide que se reclame el reconocimiento de la pensión de vejez, aunque se mantenga vigente la relación de trabajo, a partir del momento en que cesan los aportes.

[...]

“A pesar de la improsperidad del cargo, conviene acotar que, si bien, los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, consagran necesaria la desafiliación del sistema para que pueda comenzarse a pagar la pensión de vejez, ante situaciones que presentan ciertas peculiaridades, como en este evento quedó demostrado, la aplicación de dichas normas debe ajustarse a las especiales circunstancias que emergen del plenario, verbigracia, cuando los aportes efectuados redundan en perjuicio del asegurado. Así por ejemplo, en el fallo de casación de 7 de septiembre de 2004:

“Precisa la Sala, que si bien es cierto en otros asuntos de similares características a éste, se ha advertido que cuando el afiliado ha continuado aportando al sistema general de pensiones una vez satisfechos los presupuestos legales para obtener la pensión, acorde con los fines de la seguridad social, es deber reconocer hasta la última cotización, tal y como se dijo en la sentencia que rememora el recurrente de noviembre 29 de 2001, radicación 15921, reiterada en la del 22 de julio de 2003, radicación 19794, tal criterio hermenéutico ha de ser entendido y por ende aplicable, única y exclusivamente para aquellas eventualidades en donde su inclusión conlleva una desmejora en los intereses del aportante frente al monto final de su mesada pensional.



En ese orden de ideas, resulta factible cesar las cotizaciones y solicitar el reconocimiento pensional, aún en vigencia del contrato de trabajo, pues no existe prohibición alguna en el ordenamiento de jurídico de tal proceder, no obstante, para efectos de no solucionar aportes adicionales, se requiere, tal como de forma expresa lo consagra la norma analizada, debe haberse cumplido por el afiliado, los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez, o haberse pensionado por invalidez o anticipadamente, situaciones que precisamente no acaecieron para el mes de octubre de 2014, más aún cuando le fue negada la pensión de vejez, sin que dicha situación haya sido objeto de debate en el presente proceso.

En ese orden de ideas, si bien medio la solicitud y la intención del trabajador de acceder a la pensión de vejez para el año 2014, lo cierto es que no se cumplía el presupuesto normativo que permite cesar el pago de cotizaciones, sin que sea de recibo exonerar al empleador de tal responsabilidad por un actuar de buena fe patronal, pues el pago de cotizaciones es de obligatorio e imperioso cumplimiento en vigencia del contrato de trabajo mientras no se den los presupuestos para la suspensión del pago.

Lo anterior aunado al hecho que la no solución de dichas semanas implica un perjuicio para el trabajador, al ver menguadas las condiciones del reconocimiento pensional, al reducirse el número de semanas cotizadas, así como eventualmente el IBL, lo cual, tal como acertadamente lo sostuvo el *a-quo* debe ser dirimido por *Colpensiones*.

De igual manera, no es dable exonerar del pago de aportes al empleador por la afirmación de no habersele comunicado por el trabajador o *Colpensiones* la negación del derecho pensional, pues como lo sostuvo la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL21118-2017, Radicación No. 51989, del 13 de septiembre de 2017, que “*está claro que es a cargo del empleador en quien recae la obligación de desafiliar al sistema de seguridad social cuando cesa la relación que le impone sufragar las cotizaciones*”, por ende, era de su cargo establecer que en efecto se haya cumplido el



presupuesto normativo del cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez.

Lo anterior aunado a que una interpretación contraria, aparejaría que el trabajador tendría a su alcance establecer la fecha en que cesa la obligación de cotizar al sistema, incluso eventualmente en perjuicio de sus propios intereses, siendo que el ordenamiento jurídico ha consignado tal obligación en el empleador.

Ahora bien, tampoco puede predicarse en el presente evento la desafiliación tácita del sistema alegada por el recurrente. Sobre dicha figura jurídica la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, ha referido en sentencia SL2918-2020, Radicación No. 70235 del 5 de agosto de 2020:

“Cumple destacar que la censura no controvierte los criterios usados por el juzgador de alzada para definir cuándo existe una desafiliación tácita; adicionalmente, si uno de ellos fue la solicitud de pensión por cumplimiento de requisitos, para establecer la fecha del disfrute de la pensión, la solución no se advierte desacertada, en la medida en que se aviene a lo adocinado por la Sala, por ejemplo, en sentencia CSJ SL9036-2017, reiterada, entre otras, en la CSJ SL900-2018. Allí se discurió:

“De conformidad con los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de ese año, en principio, el disfrute de la pensión está condicionado a la desafiliación formal del sistema.

“Esos preceptos resultan aplicables al sub lite, por tratarse aquí de una prestación concedida bajo esos reglamentos, en virtud del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

“No obstante, lo anterior, esta Sala de la Corte en varias de sus jurisprudencias ha morigerado el alcance de esas disposiciones, entre ellas, cuando el comportamiento del asegurado se deriva la intención inequívoca de retirarse del sistema, así formalmente no exista novedad de desafiliación (CSJ SL, 20 oct. 2009, rad. 35605; CSJ SL4611-2015; y CSJ SL5603-2016).

“En sentencia CSJ SL5603-2016, la Corporación precisó que los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, «admiten un entendimiento conforme al cual la voluntad del afiliado de no continuar afiliado al sistema, manifestada mediante actos



externos, es un parámetro válido para establecer la fecha de inicio de disfrute de la pensión.

En efecto, si el objetivo de las mencionadas disposiciones es adquirir certeza del momento a partir del cual el afiliado no desea seguir en el sistema, dicha situación puede ser igualmente cognoscible mediante otros actos exteriores e inequívocos, como lo puede ser la suspensión definitiva de los aportes o la manifestación expuesta en tal sentido».

En el presente evento, si bien el accionante exteriorizó la voluntad de acceder al beneficio pensional, mediante la solicitud al empleador de cesar en el pago de aportes y elevar la solicitud de reconocimiento, no puede soslayarse que para la data en que realizó dichos actos, esto es octubre de 2014, no cumplía con los requisitos para acceder a la pensión de vejez, por ende, no nos encontramos frente a una desafiliación tácita, pues ello implicaría admitir que la fecha de disfrute operó en el año 2014, cuando fue desafiliado, ello en tanto, se reitera, no cumplía los requisitos para pensionarse..

Dicha consideración también se predica frente al argumento del apelante en el sentido que la pensión debe reconocerse desde que el actor arribó a los 62 años de edad, esto es, desde el 14 de septiembre de 2016, teniendo en cuenta que para dicha data continuaba vigente el contrato de trabajo, y no había solicitado en esa calenda el reconocimiento pensional, lo cual solo vino a acontecer hasta el 9 de febrero de 2018, tal como se extrae de la Resolución No. SUB 42682 del 19 de febrero de 2018, por ende, al haber petitionado la prestación económica con posterioridad a la terminación del vínculo laboral, que acaeció el 16 de enero de 2017, el accionante tiene derecho a que se tenga en cuenta hasta la última semana cotizada, por lo cual le asistió razón al *a-quo* al condenar a la sociedad *INDUSEL S.A.S.* en calidad de empleadora, a pagar los aportes insolutos para los meses de octubre de 2014 a enero de 2016 y de abril de 2016 al 16 de enero de 2017.

De igual manera al establecer que la fecha de disfrute de la pensión, no corresponde en ese evento a la fecha de inclusión en nómina, sino a la fecha de terminación del vínculo



laboral, tal como se refiere en las providencias antes analizadas, lo anterior máxime que el empleador no reportó la novedad retiro el 16 de enero de 2017, por una errada convicción de no tener que solucionar aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones y reportar la novedad, las cuales son obligaciones a su cargo, y no es dable trasladarlas al trabajador, menos aun cuando dicha situación implica un desmedro de los derechos del afiliado.

b. Intereses moratorios:

Dispuso el *a-quo* que los aportes insolutos sean cancelados por el empleador con destino a *Colpensiones* en la proporción que le corresponde al empleador con los respectivos intereses moratorios, frente a lo cual la sociedad *INDUSEL S.A.S.*, estima se debe recovar dicha condena, en tanto actuó de buena fe.

No obstante, estima la Sala que estaba al alcance de la empleadora conocer si el trabajador había o no accedido a la pensión de vejez por el cumplimiento de los requisitos anunciado por el trabajador, pues es dicha circunstancia la que permitía no realizar los pagos y reportar la novedad de retiro, pese a lo cual, guardó una conducta pasiva en aras de establecer tal situación, máxime que, se reitera, es de su responsabilidad y no del trabajador, el descuento y pago de aportes así como el reporte de las novedades, previo el estricto cumplimiento de los requisitos de ley.

Lo anterior máxime que los dineros que se destinan al pago de aportes pertenecen al Sistema General de Seguridad Social, y por ende, se causa la mora ante el incumplimiento del pago, sin que sea dable exonerar de su pago por haber el empleador actuado bajo una errónea percepción del cumplimiento de los requisitos del trabajador, y mas aún, al no haber corroborado el reconocimiento pensional, motivos por los cuales, se confirmará la decisión en este aspecto.

c. Facultades ultra y extra petita:



Estima el recurrente que el *a-quo* hizo de manera indebida aplicación de las facultades *ultra y extra petita* consagradas en el artículo 50 del C.S.T., en tanto dicha disposición solo regula el uso de la figura jurídica, para el reconocimiento de salarios, prestaciones e indemnizaciones, mas no de aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.

Dicha normativa consagra en lo pertinente, que *“El Juez podrá ordenar el pago de salarios, prestaciones o indemnizaciones distintos de los pedidos, cuando los hechos que los originen hayan sido discutidos en el proceso y estén debidamente probados, o condenar al pago de sumas mayores que las demandadas por el mismo concepto, cuando aparezca que estas son inferiores a las que corresponden al trabajador, de conformidad con la ley, y siempre que no hayan sido pagadas”*.

Ahora bien, el accionante estableció como pretensión primera que *“Se ordene a la Industria de electrodomésticos S.A.S INDUSEL realizar el pagar (sic) los aportes a seguridad social en pensiones desde abril de 2016 a enero de 2017”* (Fl 5), por ende, frente a la condena del pago de aportes por dicho periodo no se hizo uso de tal facultad.

De otra parte, el *a-quo* emitió condena por el pago de aportes entre octubre de 2014 y enero de 2016, en tanto en dicho período tampoco fueron sufragados.

Sobre el particular se tiene que, a *contrario sensu* de lo alegado por el recurrente, la decisión del *a-quo* se ajusta a derecho, ello en tanto es viable que en virtud de la facultad *ultra y extra petita* se disponga el pago de acreencias laborales que no necesariamente corresponde a salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones, pues dichos aspectos no resultan taxativos, siendo enunciativos de la facultad, aunado a ello que con la decisión se garantizaron los derechos mínimos e irrenunciables del trabajador.

Sobre tal aspecto conviene traer a colación la sentencia SL5341-2018, Radicación No. 67409 del 24 de octubre de 2018:



“Si el ad quem efectivamente encontró probado que los aportes pensionales por los meses de marzo de 2000, julio a septiembre de 2004 y mayo de 2006 sí estaban cubiertos por el empleador pero no así el de julio de 2007, no podía bajo ningún pretexto alegar que ello no fue incluido en la demanda, comoquiera que su deber era proteger los derechos mínimos e irrenunciables del trabajador, a pesar del desconocimiento de sí mismo o las omisiones su apoderado. De allí su verdadero error.

“En este sentido, vale recordar que la obligatoriedad de la afiliación del trabajador al Sistema de Seguridad Social Integral y el pago de los aportes al Régimen General de Pensiones se encuentra prevista en el artículo 22 de la Ley 100 de 1993 que establece:

“ARTICULO. 22.-Obligaciones del empleador. El empleador será responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio. Para tal efecto, descontará del salario de cada afiliado, al momento de su pago, el monto de las cotizaciones obligatorias y el de las voluntarias que expresamente haya autorizado por escrito el afiliado, y trasladará estas sumas a la entidad elegida por el trabajador, junto con las correspondientes a su aporte, dentro de los plazos que para el efecto determine el gobierno.

“Con base en la norma transcrita, vigente desde el 1º de abril de 1994, y de la forma como ya lo ha aclarado esta Corporación (CSJ SL926-2018), la obligación del pago de aportes para pensión, bien sea ordinaria o especial, no está supeditada a que el afiliado alcance el derecho pensional, puesto que las disposiciones que regulan la materia no lo establecen así, esta surge en virtud de la existencia del contrato laboral de trabajo.

“Con ello, resulta evidente entonces que la obligación del empleador para el pago de aportes de cada uno de sus trabajadores es un mandato legal incontrovertible que no está al alcance de las partes para definir cómo se honra dicho encargo, [...]

“Para ello, son responsables los empleadores omisivos de forma directa (CSJ SL9808-2015, CSJ SL8715-2014) y, como lo ha sostenido la jurisprudencia, las administradoras de pensiones donde se encuentre afiliado el trabajador, cuando lo que ha tenido ocurrencia es la mora en aquella obligación (CSJ SL759-2018, CSJ SL685-2017, CSJ SL3707-2017, CSJ SL4892-2017, CSJ SL5166-2017, CSJ SL13266-2016, CSJ SL 4952-2016, CSJ SL6469-2016, CSJ SL15980-2016, CSJ SL17488-2016, CSJ SL13877-2016, CSJ SL16814-2015, CSJ SL8082-2015, CSJ SL4818-2015, CSJ SL15718-2015, CSJ SL11627-2015, CSJ SL5429-2014, CSJ SL907-2013, CSJ SL, 28 octubre 2008, radicación 32384; entre otras).



“De otro lado, y en lo tocante con las potestades ultra y extra petita, aplicadas por regla general por los jueces de primera y única instancia, y excepcionalmente por los falladores de segundo grado, ha sostenido esta Sala con antelación (CSJ SL2808-2018), que:

“Lo anterior, implica una restricción o limitación a la competencia funcional del juez de segundo grado, pues le impone el deber de decidir estrictamente dentro del marco fijado en el recurso de apelación interpuesto contra sentencias o autos proferidos por el a quo. Es decir, el Colegiado de instancia no tiene competencia para examinar libremente todos los aspectos de la relación jurídico - laboral sino solo aquellos que sean controvertidos concretamente en el recurso vertical.

“Sin lugar a dudas, cuando el legislador limitó la competencia de los jueces de segunda instancia, a la materia objeto del recurso de apelación, lo que pretendió fue focalizar la actividad jurisdiccional, obligando a los recurrentes a concretar con exactitud cuáles son los motivos de disenso contra la decisión del juez de primer grado, lo cual resulta coherente con el objetivo de simplificación de trámite y celeridad pretendido por la Ley 712 de 2001.

“Recuérdese que la Corte actualmente adopta una interpretación estricta de dicho principio, en el sentido de que el ad quem está atado a los precisos términos que el recurrente proponga en la apelación, lo cual le impide decidir sobre otros, que sean accesorios a la condena o inherentes a ella, pero que no hayan sido explícitamente reclamados ni sustentados en el recurso, salvo que se trate de derechos laborales mínimos e irrenunciables del trabajador (SL8613-2017 y SL12869-2017).

“Lo dicho, en tanto la Corte Constitucional mediante sentencia C-968 de 2003, condicionó la aplicación de la figura de la consonancia en materia laboral, contenida en el artículo 35 de la Ley 712 de 2002, bajo el entendido de que «las materias objeto del recurso de apelación incluyen siempre los derechos laborales mínimos irrenunciables del trabajador».

“En virtud de lo anterior, se tiene que la Constitución le impone al juez de segundo grado la obligación de pronunciarse sobre las materias relacionadas con los beneficios mínimos consagrados en las normas laborales, al punto que esos aspectos que de forma implícita se encuentran cobijados en la impugnación, hacen parte de su competencia funcional, siempre y cuando: (i) hayan sido discutidos en el juicio y (ii) estén debidamente probados.

“Así las cosas, el Tribunal sí cometió un yerro protuberante al tener por cierto que no se acreditó el pago del aporte al régimen de pensiones por el mes de julio de 2007 pero al no adoptar medida alguna de protección de los derechos mínimos e irrenunciables del trabajador, algo que estaba dentro de sus competencias y potestades por regla excepcional.



De conformidad con lo expuesto, resulta viable que el *a-quo* haya emitid condena por los restantes períodos que avizó no fueron debidamente cotizados, por lo cual no se revocará la decisión en este aspecto.

Como corolario de lo anterior, la Sala confirmará en su integridad la decisión de primer grado. **SIN COSTAS** en esta instancia, por cuanto no se causaron.

DECISIÓN:

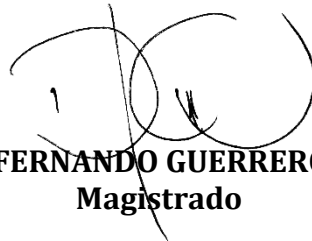
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

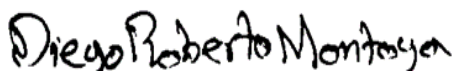
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 12 de agosto de 2020 proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

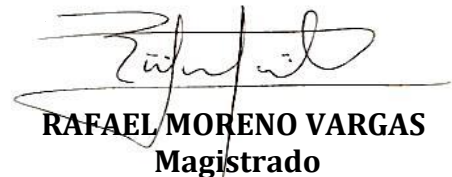
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



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

Ordinario Laboral 1100131050 03 2019 00367 01
Demandante: ALBA PATRICIA VARGAS RUIZ
Demandado: COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., diez (10) de diciembre de dos mil veinte (2020).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de Colpensiones, a la abogado Michael Cortazar Camelo, identificada con cédula de Ciudadanía 1.032.435.292 y T.P. 289.256 del C.S.J., en los términos y facultades del poder conferido.

A su turno Porvenir S.A allega poder, a razón del cual se le reconoce personería para actuar en representación de dicha entidad al profesional del derecho, John Jairo Rodríguez Bernal, con Cédula de Ciudadanía No 1.070.967.487 y T.P 325.589 del C.S.J.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de *Colpensiones*, con ocasión de la sentencia proferida el 10 de agosto del 2020 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA:



La señora *Alba Patricia Vargas Ruiz*, formuló demanda ordinaria laboral en contra de *Colpensiones, Porvenir S.A. y Protección S.A.*, a efectos que se declare la nulidad del traslado del régimen de octubre de 1998 del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, así como la posterior afiliación a la AFP *Protección S.A.*

En consecuencia, solicita de condene a la AFP *Protección S.A.* a trasladar a *Colpensiones* la totalidad del dinero que se encuentre depositado en la cuenta de ahorro individual, sin realizar descuento alguno; se condene a *Colpensiones* a realizar todas las gestiones pertinentes para inscribirla en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida sin solución de continuidad desde junio de 1987; se condene a *Colpensiones* a anular el traslado de régimen realizado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, más lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que nació el 12 de mayo de 1968, afiliándose al Régimen de Prima Media con Prestación Definida en junio de 1987; relata que en el mes de octubre de 1998 se vinculó laboralmente a la sociedad *Viajes Delta Ltda.* y se traslada a *Porvenir S.A.*, fondo que aduce jamás le explicó ni informó las consecuencias del traslado; que posteriormente en el año 2003 se traslada a la AFP *Protección S.A.*, sin recibir un asesoría idónea y clara, ni le explicaron las desventajas de su afiliación.

Refiere que posteriormente solicitó a *Colpensiones* el traslado de régimen, sin embargo, dicha entidad le brindó una respuesta negativa ante su solicitud.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:



Colpensiones en su escrito de contestación se opuso a las pretensiones enervadas en su contra, aduciendo que no tuvo injerencia en el traslado de régimen efectuado por la demandante, el cual además es válido.

Formuló como medios exceptivos los que denominó prescripción, inexistencia del derecho y la obligación, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios y la genérica.

Protección S.A en su escrito de contestación, se opuso a los pedimentos de la demanda aduciendo que el contrato de afiliación celebrado entre la demandante y la AFP es plenamente válido y produjo efectos jurídicos, puesto que en el mismo confluyeron todos los requisitos para su existencia y validez.

Propone como medios exceptivos los que denominó validez de la afiliación a *Protección S.A*, buena fe, inexistencia del vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción y la genérica.

Por su parte *Porvenir S.A* al contestar la demanda se opone a las pretensiones aduciendo que la demandante no allega prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la ineficacia o nulidad de la afiliación.

Formula como medios exceptivos los que denomina prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 10 de agosto del 2020, declaró la ineficacia del traslado de la demandante a *Porvenir S.A*, realizado el 31 de agosto de 1998 y los traslados horizontales; condenó a *Protección S.A*



a trasladar a *Colpensiones* todos los dineros que recibió con motivo de la afiliación de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por concepto de cotizaciones obligatorias, voluntarias en el evento de haberlas realizado, bonos pensionales en caso de haber sido redimidos, con todos los rendimientos financieros e intereses causados; ordenó a *Colpensiones* a aceptar el traslado de los dineros que efectúe *Protección S.A.*, para que proceda a activar la afiliación de la demandante, como si nunca se hubiera trasladado de régimen y actualice la historia laboral, declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas a las AFP demandadas.

Para arribar a dicha conclusión en primer lugar indicó que, si bien las pretensiones se encaminan a la declaratoria de una nulidad, en atención de los postulados jurisprudenciales, lo procedente es que el asunto sea analizado en el escenario de la ineficacia del traslado.

Concluyó que se configuró la ineficacia del traslado que realizara la demandante ante la AFP en razón a que de conformidad con lo establecido en el Decreto 692 de 1994, artículo 11, inciso 4º, una vez efectuada la selección, el empleador debía adelantar el proceso de vinculación a la respectiva administradora mediante el diligenciamiento de un formulario previsto para el efecto, aspecto que no se llevó a cabo por cuanto el referido formulario no contenía rúbrica del empleador.

Consideró que, en atención de los parámetros legales y jurisprudenciales, a quien le correspondía demostrar que efectuó la debida información y asesoría al momento en que la demandante se trasladó, era a la AFP.

Por último, argumentó que, si bien la demandante realizó traslados dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con diferentes administradoras de fondos pensionales, ese actuar no convalida la ineficacia del traslado, pues el traslado de regímenes vulnera ostensiblemente el contenido de los derechos prestacionales.



III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Porvenir S.A apeló la decisión, argumentando que se debe revocar la sentencia, pues se debe reprochar la actitud de la demandante al no trasladarse anteriormente al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, así como por no solicitar asesoría ni información respecto a su vinculación, ni al entonces Instituto de Seguros Sociales al momento del traslado; adicionalmente se debe estudiar lo confesado en su interrogatorio, al señalar que conocía características del régimen por la información suministrada en la asesoría, máxime que su inconformidad radica en el monto de la pensión. Además, no se pueden exigir pruebas que soporten la asesoría, atendiendo a que para la fecha del traslado solo se requería el formulario de afiliación como manifestación del consentimiento.

Tampoco se puede descartar que lo referente a la pensión se encuentra consagrado en la ley, y su desconocimiento no permite alegar vicios del consentimiento; finalmente que la asesoría se realizó hace 20 años, por lo cual la demandante no recuerda con precisión la información que le fue suministrada.

Colpensiones en el recurso de apelación indica que debe ser absuelta en razón a que dentro del proceso no se demostraron vicios del consentimiento que afectara la decisión libre y voluntaria de la demandante, luego debe mantenerse en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad acorde con el formulario de afiliación, así como por lo indicado por la demandante en el interrogatorio de parte, en el cual se observa que conoce varias características del régimen; igualmente es evidente que la demandante no formuló ninguna pregunta que considerara pertinente, lo que da a entender que la información suministrada fue suficiente. Precisa que la afiliada también tiene obligaciones, y en tal sentido no es de recibo que solo hasta los años 2018 y 2019 solicitara información sobre su traslado. Igualmente indica que no se afectan los derechos fundamentales de la demandante, pues continuará afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, en el que le es factible acceder a la pensión.



Protección S.A propone recurso de apelación específicamente frente a los gastos de administración y aseguramiento, teniendo en cuenta que la AFP no puede asumir dichos montos, los que fueron recibidos por *Porvenir S.A* quien además los traslado en el monto pertinente a la aseguradora, y por tanto, solicita que también se condene a *Porvenir S.A* a retornar los gastos de administración. Adicionalmente, no es procedente tal condena, pues son gastos propios del sistema de seguridad social e implicaría un enriquecimiento sin causa, y se genera nulidad por falta de litisconsorcio necesario, al ordenar el pago de unas sumas que fueron trasladados a la aseguradora.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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



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

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

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

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663



de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

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

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



predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

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

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

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

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



Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación del 31 de agosto de 1998 a *Porvenir S.A* y del 19 de febrero de 2003 a Pensiones y Cesantías Santander, hoy *Protección S.A*; el primero de los cuales implicó un traslado de régimen, y que si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Por otra parte, en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que se le haya suministrado la información suficiente para que se diera un consentimiento informado, pues explica que se trasladó debido a que en una asesoría grupal le indicaron que el Instituto de Seguros Sociales se iba a liquidar, y le resultaba beneficioso trasladarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pues consistía en una cuenta individual, mientras que en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, consiste en un fondo común, sin tener certeza que para la data del traslado existieren recursos para financiar la pensión, además que se podía pensionar en cualquier momento.

De otra parte, no se aportaron pruebas que acreditan el cumplimiento de dicha obligación, motivo por el cual se ajusta a derecho a la declaratoria de ineficacia, lo que además apareja la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, incluidos los gastos de administración y las primas de la aseguradora, tal como la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, refirió en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019:



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

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

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

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

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que la AFP no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a *Colpensiones*, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión. No obstante, dicha obligación no debe recaer únicamente respecto de la última AFP en la cual estuvo afiliada la demandante, sino también frente a *Porvenir S.A*, lo cual ha sido resuelto en similar manera en la sentencia SL2932-2020, Radicación No. 71679 del 12 de agosto de 2020, y en tal medida será modificada la providencia acorde la solicitud realizada en la alzada por *Protección S.A*.



De otra parte, debe indicar la Sala que para desatar la solicitud previamente analizada no encuentra la Sala la necesidad de vincular a las aseguradoras a las cuales haya estado afiliada la demandante, por tanto no se vislumbra que se configure la figura del litisconsorcio necesario en la medida en que la litis bien puede ser zanjada sin la comparecencia de dicha entidad, por tanto no se cumplen los supuestos jurídicos previstos en el artículo 61 del C.G.P, aplicable a los juicios laborales por disposición del artículo 145 del C.P.T y la S.S.

Finalmente, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”*, motivo por el cual, la excepción de prescripción resulta impróspera.

Como corolario de lo anterior se confirmará en su integridad la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia proferida el 10 de agosto del 2020 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá en el sentido de precisar que PORVENIR S.A,



también deberá retornar a COLPENSIONES, todos los dineros que haya recibido por parte del demandante por concepto de gastos de administración y primas de aseguramiento que no hayan sido trasladados a *Protección S.A*, sin realizar descuentos por ningún concepto.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo restante la sentencia objeto de apelación y consulta.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



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

Ordinario Laboral 1100131050 **03 2019 00558 01**
Demandante: OLGA ESPERA TERREROS CARRILLO
Demandado: COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., diez (10) de diciembre de dos mil veinte (2020).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de Colpensiones, a la abogada María Claudia Tobito Montero, identificada con cédula de Ciudadanía No 1.020.786.735 y T.P.300.432 del C.S.J., en los términos y facultades del poder conferido.

A su turno *Porvenir S.A* aporta un poder otorgado al profesional del derecho Daniela Palacio Varona, identificada con C.C No 1.019.132.452 y Licencia Temporal concedida mediante Resolución No LT24981 del C.S.J, a quien se le reconoce personería adjetiva para actuar en calidad de apoderada de dicha entidad.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas *Porvenir S.A.* y *Colpensiones*, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de *Colpensiones*, con ocasión de la sentencia proferida el 30 de junio del 2020 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá.



I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Olga Esperanza Terreros Carrillo*, formuló demanda en contra de *Colpensiones, Porvenir S.A. y Protección S.A.*, con la finalidad que se declare la nulidad de la afiliación efectuada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en el mes de marzo de 1995 ante la AFP DAVIVIR, en la actualidad *Protección S.A.*, por existir un engaño y asalto a su buena fe induciéndole en error y viciando su consentimiento.

En consecuencia, solicita se retorne a la demandante junto con todos los valeres que hubiere recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, junto con los rendimientos causados en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y a recibir a la demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida; se condene a la demandada al pago de las costas y agencias en derecho, junto con aquello que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones adujo que nació el 25 de diciembre de 1961, estuvo afiliada al entonces Instituto de Seguros Sociales del 24 de julio al 7 de octubre de 1991; no obstante, en 1995 mientras laboraba para la Escuela de Suboficiales de la Fuerza Aérea, los asesores de la AFP DAVIVIR, hoy *Protección S.A.* le presentaron un nuevo régimen, le dieron una corta charla sobre las ventajas y en el año 2003, realizó una actualización de datos y firma de los documentos con *Protección S.A.*



Finalmente, que solicitó su traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, no obstante, las AFP demandadas y *Colpensiones*, desataron de forma desfavorable la petición.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones se opuso a las pretensiones toda vez que en virtud de las pruebas arrimadas al proceso se evidencia que la accionante se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, al suscribir de manera voluntaria, consciente y sin presiones el formulario de afiliación a la AFP DAVIVIR.

Formuló como excepciones de mérito las que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, improcedencia de la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, inexistencia de la obligación de afiliación, excepción de error no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción y la genérica.

Protección S.A se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas en su contra como quiera que se trata de un acto existente, válido y exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo.

Formuló los medios exceptivos de inexistencia de la obligación y falta de cusa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y el Sistema General de Pensiones, inexistencia de 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, reconocimiento de restitución mutua a favor de la AFP y la genérica.



Finalmente, *Porvenir S.A* también se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aduciendo que el traslado de la demandante obedeció a una decisión libre, espontánea y completamente informada pues recibió asesoría de forma verbal por parte de la demandada con información suficiente y necesaria para atender las condiciones, beneficios y características del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 30 de junio del 2020, declaró la ineficacia del traslado de la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; condenó a la AFP *Porvenir S.A* a trasladar a *Colpensiones* todos los valores que recibió con motivo del traslado de un régimen a otro, y posteriormente, del traslado horizontal entre fondos de la demandante por concepto de cotizaciones obligatorias, voluntarias, en el evento de haberlas realizado, bonos pensionales en caso de haber recibido rendimientos, con todos los rendimientos financieros e intereses causados; ordenó a *Colpensiones* a aceptar los aportes que efectúe *Protección S.A* para que proceda a activar la afiliación de la demandante, como si nunca se hubiera afiliado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, asimismo actualice la información de la historia laboral; declaró no probada la excepción e prescripción y condenó en costas a las AFP demandadas.

Para arribar a dicha conclusión, en primer lugar, indicó que si bien las pretensiones se encaminan a la declaratoria de una nulidad, en atención de los postulados



jurisprudenciales lo procedente es que el asunto debe analizarse en el escenario de la ineficacia del traslado.

Concluyó que se configuró la ineficacia del traslado que realizara la demandante ante la AFP, en razón a que de conformidad con lo establecido en el Decreto 692 de 1994, artículo 11, inciso 4º, una efectuada la selección, el empleador debía adelantar el proceso de vinculación a la respectiva administradora mediante el diligenciamiento de un formulario previsto para el efecto, aspecto que no se llevó a cabo por cuanto el referido formulario no contenía la rúbrica del empleador.

Consideró que, en atención de los parámetros legales y jurisprudenciales, a quien le correspondía demostrar que efectuó la debida información y asesoría al momento en que la demandante se trasladó, era a la AFP.

Por último, argumentó que, si bien la demandante efectuó traslado de AFP dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ese actuar no convalida la ineficacia del traslado, pues el traslado de regímenes vulnera ostensiblemente el contenido de los derechos prestacionales.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Porvenir S.A apeló la decisión, argumentando que de acuerdo con la jurisprudencia, frente al deber de información han existido varias etapas, siendo la vigente a la fecha del traslado lo consagrado en el Decreto 663 de 1994, información se cumplió acorde con los expuesto en el interrogatorio de parte de la demandante; aunado a ello, las características del régimen se encuentran consagradas en la ley, por lo cual lo afirmado por la demandante no puede implicar una ineficacia, máxime que dicha AFP no intervino en el acto genitor del traslado, luego la conducta que se estudia no



es la de los fondos intermedios, si no la del traslado inicial y por lo tanto, no puede ser condenada en costas.

Colpensiones a su turno indica que en el presente evento se alegó en la demanda sobre la posibilidad de unir las cotizaciones con su cónyuge, cuando dicha posibilidad no está habilitada en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, lo cual no permite invertir la carga de la prueba en tal aspecto.

De otra parte, tanto en la demanda como en su interrogatorio se evidencia que a la demandante se le dieron a conocer características propias del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y no de acreditó la existencia de un vicio del consentimiento, por lo cual no es dable acceder a las pretensiones.

Igualmente solicita se tenga en cuenta la falta de interés y diligencia de la demandante, pues solo hasta el 2019 se acercó a *Colpensiones* para aclarar su situación pensional, pretendiendo retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, situación que afecta la sostenibilidad del sistema.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:



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

c. Del caso en concreto:

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

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



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

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

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



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

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

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

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



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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación del 2 de marzo de 1995 a DAVIVIR S.A hoy *Protección S.A* (Fl 74), del 9 de noviembre de 1999 a Horizonte hoy *Porvenir S.A* (Fl 73) y del 19 de noviembre del 2002 a *Protección S.A* (Fl 148), el primero de los cuales implicó un traslado de régimen, y que si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea*



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

Por otra parte, en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que se le haya suministrado la información, *a contrario sensu* explicó que su traslado se dio a razón de una asesoría colectiva que recibió mientras laboraba para la Fuerza Aérea, oportunidad en la cual se le indicó que el ISS se iba a liquidar y en el Fondo Privado se podría pensionar a cualquier edad con ciertos aportes, pero jamás le precisaron en que cuantía; además le manifestaron que en el evento que falleciera su pensión sería percibida de forma vitalicia por su hijo, sin que se le explique sobre rendimientos ni los demás aspectos del régimen.

Tampoco aportaron las demandadas pruebas que acreditan el cumplimiento de dicha obligación, motivo por el cual se ajusta a derecho a la declaratoria de ineficacia, lo que además apareja la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, incluidos los gastos de administración y las primas de la aseguradora, tal como la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, refirió en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019:

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

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos



por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

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

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

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que la AFP no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a *Colpensiones*, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

En cuanto a la vulneración del principio de sostenibilidad financiera de la entidad, al declarar la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL3464 Radicación 76.284 de fecha 14 de agosto de 2019, señaló:

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



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

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

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

Ahora, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8



de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”*, motivo por el cual, la excepción de prescripción resulta impróspera.

Finalmente, en lo que respecta al reparo efectuado por *Porvenir S.A* en torno a la condena en costas fulminada en su contra, basta recordar que la imposición de las mismas opera de forma objetiva en acatamiento de las reglas previstas por el legislador en el artículo 365 del C.G.P, aplicable a los juicios laborales por remisión del artículo 145 del C.P.T y la S.S., normativa acorde a la cual, el monto de las costas procesales debe ser asumida por la parte vencida en juicio, por manera que al ser condenada la AFP *Porvenir S.A* quien desde el inicio se opuso a la prosperidad de las pretensiones, resulta lógica la imposición de las costas a su cargo.

Como corolario de lo anterior se confirmará en su integridad la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:



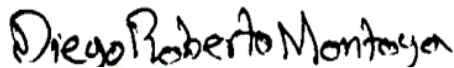
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 30 de junio del 2020 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

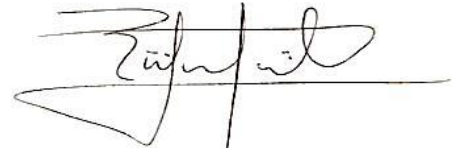
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



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

Ordinario Laboral 1100131050 15 2019 00328 01
Demandante: GUILLERMO ENRIQUE RUIZ MALDONADO
Demandado: COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., diez (10) de diciembre de dos mil veinte (2020).

AUTO

Atendiendo al poder que fuere allegado por Colpensiones, se le reconoce personería adjetiva para actuar en representación de dicha entidad a el profesional del Derecho Felipe Alberto Granados Preciado, identificado con C.C No 1.018.418.797 y T.P No 222.106 del C.S.J.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver a estudiar en el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante la sentencia proferida el 29 de julio del 2020 proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *Guillermo Enrique Ruiz Maldonado* presentó demanda ordinaria laboral en contra de *Colpensiones* a efectos de que se la condene al reconocimiento y pago de la reliquidación de la pensión de vejez, conforme al IBL obtenido con base al promedio de toda la vida laboral, desde el momento en que reconoció el derecho pensional, es decir,



desde el 1º de diciembre del 2010 por ser beneficiario del régimen de transición; se condene al pago del retroactivos que se generen, el incremento legal por cónyuge a cargo, los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la indexación de las sumas adeudadas, junto con las costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones explicó que le fue reconocida la pensión de vejez desde el 1º de diciembre del 2010 mediante la Resolución No 131513 de 2010, la cual fue liquidada con el IBL de los 10 últimos años y cuenta con más de 1250 semanas cotizadas durante toda la vida laboral.

Aduce que convive con su cónyuge *Rudecinda Martínez de Ruiz* desde hace más de 20 años, pero en la Resolución mediante la cual le fue concedida la pensión no se tuvo en cuenta el valor del incremento pensional. Precisa que elevó la respectiva reclamación administrativa, la cual no ha sido resuelta.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas en su contra, aduciendo que el reconocimiento pensional se encuentra conforme a la normatividad vigente y acorde al principio de favorabilidad, precisando que la liquidación del IBL de toda la vida laboral no le resulta más favorable.

En lo que atañe a los incrementos pensionales aduce que no se encuentra acreditada totalmente la dependencia económica y la convivencia ininterrumpida con la señora *Rudecinda Martínez de Ruiz*.



Propuso como medios exceptivos los que denominó prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación y la genérica

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 29 de julio del 2020 absolvió a la demandada, de todas y cada una de las pretensiones invocadas en la acción.

Como sustento de su decisión indicó que se procedió a calcular el IBL, teniendo como resultado respecto a toda la vida laboral una suma de \$875.188, y teniendo en cuenta los últimos 10 años le dio un IBL de \$700.092, siendo entonces por favorabilidad más alto el IBL de toda la vida \$875.188, que aplicado a la tasa de reemplazo prevista en el artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, para una densidad de semanas superior a 1250 que nos da el 90%, arroja como primera mesada pensional la suma de \$787.669, valor inferior al reconocido por la entidad demandada en la resolución de reconocimiento de la pensión.

Frente al reconocimiento de los incrementos pensionales por persona a cargo, señaló que la Corte Constitucional estableció su derogatoria a partir del 1º de abril de 1994, fecha en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993, aunado a ello que en el evento de considerar lo contrario, no puede perderse de vista que operaría la prescripción total de dicha pretensión, aunado a ello que no se acreditó la dependencia económica.

Por último, absolvió de los intereses moratorios al haberse resuelto la solicitud pensional oportunamente.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA



De conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T y la S.S, se analizará la presente providencia en el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante, como quiera que la sentencia fue totalmente adversa a sus pretensiones.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si el demandante tiene derecho a la reliquidación pensional, al pago del incremento pensional del 14% por cónyuge a cargo y los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

c. De la calidad de pensionado

En el *sub-lite* no es objeto de debate que el demandante obtuvo el reconocimiento y pago de su pensión de vejez mediante la Resolución No. 131513 del 16 de diciembre del 2010, en virtud de lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990, por ser beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en cuantía igual a \$787.938, tomando como base un total de 1795 semanas cotizadas y una tasa de reemplazo del 90%.

d. De la reliquidación pensional:



Peticiona el libelista la reliquidación pensional, por encontrarse inconforme con el IBL establecido por *Colpensiones*. Con sujeción a ello, se debe recordar que en los casos de personas beneficiarias del régimen de transición el IBL se rige por lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en lo que respecta a los afiliados que les falte menos de 10 años para pensionarse a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, o para aquellos a quienes les faltare más tiempo, bajo los parámetros del artículo 21 *ejusdem*, acorde al cual el IBL deberá ser calculado con el promedio de los salarios o rentas sobre las cuales ha cotizado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión o durante toda la vida laboral, siempre que cuenten con más de 1.250 semanas cotizadas.

Criterio, expuesto por la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras en la sentencia SL 4783 de 2018, al expresar:

“Esta Corporación, en múltiples decisiones, ha insistido que el ingreso base de liquidación de aquellas personas beneficiarias del régimen de transición que les faltaban más de 10 años para adquirir el derecho pensional a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993, se debe calcular conforme a los postulados del artículo 21, ellas en sentencia SL13652-2015, que reiteró lo dicho en la CSJ SL, 15 feb. 2011, rad. 43336, enseñó:

“[...] Por manera que, dependiendo del tiempo que les hiciera falta para adquirir el derecho a la pensión cuando entró en vigencia el Sistema Integral de Seguridad Social en Pensiones, respecto de los beneficiarios de la transición pensional se presentan dos situaciones:

(i) La de quienes al momento en que entró a regir el sistema pensional de la Ley 100 de 1993 les faltaban menos de 10 años para adquirir el derecho, caso en el cual el ingreso base de liquidación será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si éste fuere superior actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE, y (ii) La de quienes les faltaban más de 10 años para adquirir el derecho, caso en el cual el ingreso base de liquidación será el previsto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, esto es, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, o el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral



del trabajador, si resulta superior al anterior, siempre y cuando el afiliado haya cotizado 1250 semanas como mínimo.”

Puntualizado lo anterior, como quiera que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994 al demandante le hacían más de 10 años para acceder al derecho pensional, la liquidación de su prestación debe ser liquidada bajo los parámetros del artículo 21 de la Ley 100 de 1993, que sería, según le resulte más favorable, con el promedio del IBC de los últimos 10 años o con el de toda la vida laboral, como quiera que cuenta con una densidad de semanas cotizadas igual a 1795.

De cara a lo referido la Sala, procedió a efectuar los cálculos aritméticos de rigor, estableciendo que el IBL de los últimos 10 años asciende a la suma de \$699.872,54, mientras el de toda la vida laboral es de \$877.290,58, por manera que le resulta más favorable este último; al cual, una vez aplicada la tasa de reemplazo del 90% nos arroja como primera mesada pensional la suma \$789.561,52, conforme se puede constatar en el siguiente cuadro:

| Cálculo Toda la vida Laboral | | | | | | | |
|-------------------------------------|-----------------|--------------------|------------------|-----------------------------|--------------------------------|----------------------------|----------------------|
| AÑO | Nº. Días | IPC inicial | IPC final | Factor de indexación | Sueldo promedio mensual | Salario actualizado | Salario anual |
| 1969 | 181 | 0,149 | 102,00 | 683,132 | \$ 450,00 | \$ 307.409,26 | \$ 1.854.702,53 |
| 1970 | 69 | 0,162 | 102,00 | 628,872 | \$ 450,00 | \$ 282.992,48 | \$ 650.882,69 |
| 1973 | 148 | 0,225 | 102,00 | 453,918 | \$ 680,00 | \$ 308.664,48 | \$ 1.522.744,76 |
| 1974 | 350 | 0,279 | 102,00 | 365,817 | \$ 691,43 | \$ 252.936,22 | \$ 2.950.922,54 |
| 1975 | 295 | 0,352 | 102,00 | 289,526 | \$ 1.389,25 | \$ 402.225,46 | \$ 3.955.217,05 |
| 1976 | 366 | 0,415 | 102,00 | 245,837 | \$ 2.045,90 | \$ 502.957,62 | \$ 6.136.082,95 |
| 1977 | 365 | 0,522 | 102,00 | 195,476 | \$ 2.868,58 | \$ 560.738,10 | \$ 6.822.313,59 |
| 1978 | 365 | 0,672 | 102,00 | 151,871 | \$ 4.136,30 | \$ 628.185,66 | \$ 7.642.925,51 |
| 1979 | 365 | 0,795 | 102,00 | 128,245 | \$ 5.815,48 | \$ 745.804,05 | \$ 9.073.949,23 |



| | | | | | | | |
|------|-----|---------|--------|--------|---------------|-----------------|------------------|
| 1980 | 366 | 1,024 | 102,00 | 99,569 | \$ 7.805,00 | \$ 777.135,58 | \$ 9.481.054,08 |
| 1981 | 365 | 1,289 | 102,00 | 79,115 | \$ 10.337,34 | \$ 817.834,61 | \$ 9.950.321,10 |
| 1982 | 365 | 1,630 | 102,00 | 62,561 | \$ 15.411,53 | \$ 964.167,87 | \$ 11.730.709,04 |
| 1983 | 365 | 2,022 | 102,00 | 50,440 | \$ 18.447,37 | \$ 930.492,90 | \$ 11.320.996,98 |
| 1984 | 366 | 2,359 | 102,00 | 43,246 | \$ 26.691,31 | \$ 1.154.280,93 | \$ 14.082.227,34 |
| 1985 | 365 | 2,790 | 102,00 | 36,561 | \$ 36.534,82 | \$ 1.335.746,51 | \$ 16.251.582,55 |
| 1986 | 365 | 3,416 | 102,00 | 29,858 | \$ 45.809,18 | \$ 1.367.756,20 | \$ 16.641.033,71 |
| 1987 | 365 | 4,132 | 102,00 | 24,687 | \$ 57.156,58 | \$ 1.411.005,08 | \$ 17.167.228,43 |
| 1988 | 366 | 5,124 | 102,00 | 19,905 | \$ 68.193,85 | \$ 1.357.406,96 | \$ 16.560.364,96 |
| 1989 | 365 | 6,566 | 102,00 | 15,536 | \$ 84.431,92 | \$ 1.311.715,47 | \$ 15.959.204,88 |
| 1990 | 365 | 8,281 | 102,00 | 12,318 | \$ 103.790,14 | \$ 1.278.483,33 | \$ 15.554.880,47 |
| 1991 | 365 | 10,961 | 102,00 | 9,306 | \$ 140.586,99 | \$ 1.308.284,09 | \$ 15.917.456,45 |
| 1992 | 366 | 13,901 | 102,00 | 7,338 | \$ 190.100,16 | \$ 1.394.886,23 | \$ 17.017.612,04 |
| 1993 | 365 | 17,395 | 102,00 | 5,864 | \$ 228.769,89 | \$ 1.341.468,65 | \$ 16.321.201,93 |
| 1994 | 365 | 21,328 | 102,00 | 4,783 | \$ 306.113,71 | \$ 1.464.016,05 | \$ 17.812.195,22 |
| 1995 | 240 | 26,147 | 102,00 | 3,901 | \$ 295.461,88 | \$ 1.152.626,94 | \$ 9.221.015,49 |
| 1996 | 101 | 31,237 | 102,00 | 3,265 | \$ 271.339,47 | \$ 886.033,70 | \$ 2.982.980,11 |
| 1998 | 299 | 44,716 | 102,00 | 2,281 | \$ 264.555,64 | \$ 603.480,19 | \$ 6.014.685,90 |
| 1999 | 360 | 52,185 | 102,00 | 1,955 | \$ 302.365,17 | \$ 591.010,90 | \$ 7.092.130,75 |
| 2000 | 353 | 57,002 | 102,00 | 1,789 | \$ 311.400,25 | \$ 557.229,39 | \$ 6.556.732,46 |
| 2001 | 360 | 61,989 | 102,00 | 1,645 | \$ 365.250,00 | \$ 601.012,18 | \$ 7.212.146,18 |
| 2002 | 355 | 66,729 | 102,00 | 1,529 | \$ 382.169,01 | \$ 584.183,38 | \$ 6.912.836,61 |
| 2003 | 360 | 71,395 | 102,00 | 1,429 | \$ 460.353,25 | \$ 657.704,01 | \$ 7.892.448,10 |
| 2004 | 360 | 76,029 | 102,00 | 1,342 | \$ 498.416,67 | \$ 668.683,19 | \$ 8.024.198,27 |
| 2005 | 360 | 80,209 | 102,00 | 1,272 | \$ 567.666,67 | \$ 721.903,22 | \$ 8.662.838,64 |
| 2006 | 360 | 84,103 | 102,00 | 1,213 | \$ 563.333,33 | \$ 683.222,71 | \$ 8.198.672,58 |
| 2007 | 360 | 87,869 | 102,00 | 1,161 | \$ 624.000,00 | \$ 724.364,17 | \$ 8.692.370,00 |
| 2008 | 360 | 92,872 | 102,00 | 1,098 | \$ 622.250,00 | \$ 683.418,42 | \$ 8.201.021,07 |
| 2009 | 360 | 100,000 | 102,00 | 1,020 | \$ 722.666,67 | \$ 737.133,07 | \$ 8.845.596,79 |



| | | | | | | | |
|----------------------|----------------|---------------------------------------|--------|-------|---------------|-----------------------|--------------------------|
| 2010 | 360 | 102,002 | 102,00 | 1,000 | \$ 937.833,33 | \$ 937.833,33 | \$ 11.254.000,00 |
| Total días | 12931 | Total devengado actualizado a: | | | | 2010 | \$ 378.141.482,97 |
| Total semanas | 1847,29 | Ingreso Base Liquidación | | | | | \$ 877.290,58 |
| Total Años | 35,62 | Porcentaje aplicado | | | | | 90% |
| | | | | | | Primera mesada | \$ 789.561,52 |

| Cálculo Últimos Diez Años de Vida Laboral | | | | | | | |
|--|-----------------|---------------------------------------|------------------|-----------------------------|--------------------------------|----------------------------|-------------------------|
| AÑO | Nº. Días | IPC inicial | IPC final | Factor de indexación | Sueldo promedio mensual | Salario actualizado | Salario anual |
| 2000 | 5 | 57,002 | 102,00 | 1,789 | \$ 297.000,00 | \$ 531.461,12 | \$ 88.576,85 |
| 2001 | 360 | 61,989 | 102,00 | 1,645 | \$ 365.250,00 | \$ 601.012,18 | \$ 7.212.146,18 |
| 2002 | 355 | 66,729 | 102,00 | 1,529 | \$ 382.169,01 | \$ 584.183,38 | \$ 6.912.836,61 |
| 2003 | 360 | 71,395 | 102,00 | 1,429 | \$ 460.353,25 | \$ 657.704,01 | \$ 7.892.448,10 |
| 2004 | 360 | 76,029 | 102,00 | 1,342 | \$ 498.416,67 | \$ 668.683,19 | \$ 8.024.198,27 |
| 2005 | 360 | 80,209 | 102,00 | 1,272 | \$ 567.666,67 | \$ 721.903,22 | \$ 8.662.838,64 |
| 2006 | 360 | 84,103 | 102,00 | 1,213 | \$ 563.333,33 | \$ 683.222,71 | \$ 8.198.672,58 |
| 2007 | 360 | 87,869 | 102,00 | 1,161 | \$ 624.000,00 | \$ 724.364,17 | \$ 8.692.370,00 |
| 2008 | 360 | 92,872 | 102,00 | 1,098 | \$ 622.250,00 | \$ 683.418,42 | \$ 8.201.021,07 |
| | | 100,00 | | | | | |
| 2009 | 360 | 0 | 102,00 | 1,020 | \$ 722.666,67 | \$ 737.133,07 | \$ 8.845.596,79 |
| | | 102,00 | | | | | |
| 2010 | 360 | 2 | 102,00 | 1,000 | \$ 937.833,33 | \$ 937.833,33 | \$ 11.254.000,00 |
| Total días | 3600 | Total devengado actualizado a: | | | | 2010 | \$ 83.984.705,09 |



| | | | |
|--------------------------------|--------------------------|---------------------------------|----------------------|
| Total semanas | 514,2 9 | Ingreso Base Liquidación | \$ 699.872,54 |
| Total Años | 10,00 | Porcentaje aplicado | 90% |
| | | Primera mesada | \$ 629.885,29 |

En tal sentir, como quiera que mediante la Resolución No 131513 del 26 de diciembre del 2010, le fue concedida la pensión de vejez al demandante, en cuantía igual a \$875.486, resulta evidente que no hay lugar a la reliquidación pretendida.

e. Incremento Pensional

Respecto del incremento pensional por personas a cargo, de que trata el Acuerdo 049 de 1990, para las personas que fueron pensionadas en virtud del régimen de transición que contempla la Ley 100 de 1993, es un tema que ha sido ampliamente estudiado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, concluyendo en múltiples pronunciamientos que los mismos se encuentran vigentes.

Así puede colegirse entre otras de las sentencias del 27 de julio de 2005 radicado 21517, del 5 de diciembre de 2007 radicados 29751, 29531, 29741, en las que se determina que los aludidos incrementos mantienen su vigencia, no obstante no haber sido incluidos de manera expresa en el régimen de prestaciones que contiene el actual sistema pensional, por el contrario, por no estar expresamente regulados debe entenderse que conservan su pleno vigor, al menos frente a quienes se reconoce el derecho al amparo del Decreto 758 de 1990, bien sea directamente o en aplicación al régimen de transición, como en el presente caso.



Con fundamento en la doctrina probable emanada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, respecto a la vigencia de los incrementos pensionales por personas a cargo, es que esta Sala de Decisión se aparta de manera respetuosa de la sentencia SU-140 de 2019, a través de la cual la Corte Constitucional dictó la sentencia de reemplazo a la Sentencia SU-310 de 2017 que fuera anulada mediante Auto 320 de 2018.

Luego, al no ser objeto de debate que la pensión de vejez del libelista fue concedida con fundamento en el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, y con ello, es beneficiario de los incrementos bajo estudio.

Es preciso tener en cuenta que el literal b) del artículo 21 del Acuerdo 758 de 1990, consagró los incrementos de las pensiones de invalidez por riesgo común y vejez, así:

“b) En un catorce por ciento (14%) sobre la pensión mínima legal, por el cónyuge o compañero o compañera del beneficiario que dependa económicamente de éste y no disfrute de una pensión.”

En tal sentido se aprecia, que son tres los requisitos que se debe acreditar para efecto del reconocimiento del incremento por cónyuge a cargo: (i) la calidad de cónyuge, compañero o compañera permanente, (ii) la dependencia económica respecto del pensionado y, (iii) que el cónyuge, compañero o compañera permanente dependiente no disfrute de pensión, ello en la medida en que la filosofía de los referidos incrementos fue la de alivianar la carga que pesa sobre el pensionado que tiene bajo su responsabilidad la manutención.

Respecto a la calidad de cónyuge de la señora *Rudecinda Martínez de Ruiz* y su dependencia económica frente al demandante, basta indicar que únicamente se aportó el registro civil de matrimonio que da cuenta de la celebración de las nupcias el día 17 de marzo de 1979 (Fl 9) y un certificado de afiliación en salud de su cónyuge (Fl 10),



pruebas que en efecto resultan insuficientes para dar por acreditada la dependencia económica exigida por el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, para tener al demandante como beneficiario del incremento pensional anhelado.

Por manera que al no acreditar el demandante los supuestos de hecho de las normas jurídicas cuyos efectos jurídicos persigue, acorde la carga probatoria que le incumbe al tenor de lo reglado en el artículo 167 del C.G.P, aplicable a los juicios laborales por disposición del artículo 145 del C.P.T y la S.S, es indiscutible que este pedimento igualmente carece de vocación de prosperidad.

f. Intereses Moratorios

Respecto a los intereses se debe señalar que el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, refirió *“En caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta Ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectuó el pago.”* Imposición que, en todo caso, debe respetar el término de gracia de 4 meses previsto en el artículo 9° de la Ley 797 de 2003 tratándose de la pensión de vejez.

En tal medida, habida consideración que el promotor reclamó el derecho pensional el 11 de noviembre del 2010 (Fl 7) y la pensión vino a ser concedida mediante resolución del 16 de diciembre de la misma anualidad (Fl 7), con inclusión en nómina a partir de ese mismo mes y año, es evidente el cumplimiento de los términos establecidos en el artículo 9° de la ley 797 del 2003 y de contera, la no causación de los intereses peticionados.

Dadas las resultas del análisis del a providencia en el grado jurisdiccional de consulta, se impone inminente la confirmación de la misma. **SIN COSTAS** en esta instancia.

DECISIÓN:



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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 29 de julio del 2020, por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá D.C. dentro del proceso de la referencia., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



precisando que la aparente decisión libre y voluntaria, no fue suficientemente informada, precisando que para el año 2017 ha cotizado 995,14 semanas.

Precisa que *Protección S.A* no le informó sobre la imposibilidad de trasladarse cuando le faltaran 10 años o menos para cumplir la edad requerida para pensionarse; el 26 de marzo del 2018 solicitó a *Colpensiones* su traslado de la AFP al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y el 23 de marzo del 2018 elevó derecho de petición ante la AFP en el mismo sentido.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colfondos S.A en su escrito de contestación se opuso a las pretensiones aduciendo que la demandante no se encontraba amparada bajo el régimen de transición, por lo que la declaratoria de nulidad de la afiliación no es procedente, como quiera que la AFP le brindó al demandante una asesoría integral o constante.

Propuso como medios exceptivos los que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de afiliación, la genérica, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivo de un tercero y nadie puede ir en contra de sus propios actos.

Protección S.A a su turno, se opuso a las pretensiones señalando que el contrato de afiliación celebrado con la AFP es plenamente válido y produjo efectos jurídicos, puesto que en el mismo se concluyeron todos los elementos para su existencia.

Formuló como medios exceptivos, los de validez de la afiliación a *Protección S.A*, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción y la genérica.

Colpensiones en su escrito de contestación se opone a las pretensiones de la demanda, refiriendo que la actora se trasladó de forma voluntaria al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Presentando como medios exceptivos de mérito los que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y la obligación, cobro de lo no debido, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe y la genérica.



En audiencia surtida el 23 de mayo del 2019, se dispuso la vinculación de *Old Mutual Pensiones Y Cesantías S.A*, hoy *Skandia S.A*, quien a su vez presenta escrito de contestación de la demanda, solicitando la absolución frente a todas y cada una de las mismas, por cuanto la afiliación de la demandante ante dicha AFP se realizó siguiendo cada uno de los lineamientos del ordenamiento jurídico, proporcionándole la información para que la misma tomara una decisión consiente.

Formuló como medios exceptivos los que denominó pago, prescripción, cobro de lo debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 16 de julio del 2020, declaró la ineficacia del traslado a *Colfondos S.A* y como consecuencia de este tampoco tienen efectos los traslados posteriores; condenó a *Protección S.A* a trasladar a *Colpensiones* todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante a *Colpensiones*, incluyendo los rendimientos e intereses que se han generado y en general todas las sumas que se han recibido en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por concepto de cotizaciones a favor de la demandante; condenó a *Colpensiones* a reactivar a la afiliación de la demandante a dicha administradora; declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en constar a la demandada.

Para arribar a dicha conclusión manifestó que, atendiendo los postulados de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la carga de la prueba de la debida información al momento del traslado del afiliado, le corresponde acreditarla a la AFP aspecto que no fue probado dentro del presente asunto, motivo por el cual opera la ineficacia del traslado de régimen.

De igual manera, que como consecuencia de lo anterior la accionante debía retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, procediendo la AFP a la devolución de las cotizaciones y gastos de administración.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión del *a-quo*, *Colpensiones* interpone recurso de apelación en el que en suma indica que la decisión implica afectar el principio de sostenibilidad financiera del sistema, máxime que la accionante se encuentra incurso en la prohibición de retorno. De igual manera, que el debe de información se acredita a través de la certificación que allegó *Colfondos S.A* como por los traslados en diversas AFP, máxime



que la AFP *Protección S.A* realizó una reasesoría, sin que haya optado por retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Finalmente, que no se predica de la accionante que ostente la calidad de afiliado lego, en tanto desempeñaba el cargo de Gerente, debiéndose además revocar la condena al pago de costas.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado



quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

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

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

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

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de*



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

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

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó reporte de SIAFP en el que consta que la demandante se trasladó a *Colfondos S.A* el 22 de noviembre de 1994 (Fl 139); así como el formulario de afiliación a *Old Mutual S.A* del 22 de octubre de 1997 (Fl 251) y a *Protección S.A* del 1º de septiembre de 1999 (Fl 143), destacando que el primero de los mencionados implicó un traslado de régimen, y si bien



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

Por otra parte, en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que se le haya suministrado la información pertinente, por cuanto aduce que recibió una asesoría grupal que hicieron en la empresa en la cual laboraba, dentro de la cual les manifestaron que el ISS se iba a liquidar, pues no tenía la estabilidad financiera para solucionar las pensiones, y por esto debían trasladarse a la AFP; relata que posteriormente se afilió a *Skandia S.A* atendiendo a que en la empresa en la que laboraba le dijeron que era más fácil consignar en esa AFP un bono pensional que le iban a pagar, y finalmente se afilió a *Protección S.A* debido a que cambió de trabajo y su nuevo empleador le indicó que esa era la mejor AFP; admite que tres (3) días antes de cumplir 48 años le hicieron una reasesoría, pero asegura que en la misma le indicaron que el monto de la pensión era más alta en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

En ese orden de ideas, no se avizora que se haya confesado el cumplimiento del deber de información para la fecha de traslado.

Ahora bien, respecto a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, incluidos los gastos de administración y las primas de la aseguradora, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

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

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



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

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

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que la AFP no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado, ni los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a *Colpensiones*, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

En cuanto a la vulneración del principio de sostenibilidad financiera de la entidad, al declarar la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL3464 Radicación 76.284 de fecha 14 de agosto de 2019, señaló:

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

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

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



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

Por otra parte, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”*, motivo por el cual, la excepción de prescripción resulta impróspera.

Finalmente, respecto a la condena en costas fulminada contra *Colpensiones*, debe enunciar la colegiatura que estas operan de forma objetiva, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 365 del C.G.P, aplicable a los juicios laborales por disposición del artículo 145 del C.P.T y la S.S. Articulado acorde al cual, la condena en costas opera de forma automática y recae sobre la entidad vencida en juicio, por manera que al resultar vencida en juicio *Colpensiones*, dimana lógico que se fulmine condena en su contra por concepto de las costas procesales.

Como corolario de lo anterior, se confirmará la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN

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

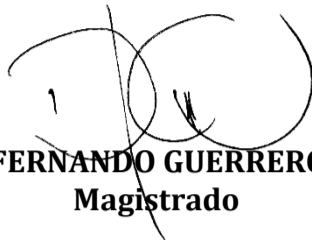
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 16 de julio del 2020, por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del asunto de la referencia, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

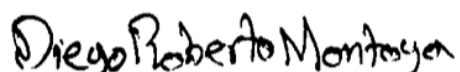


SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

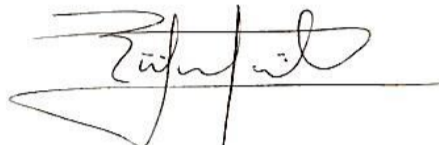
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



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

Ordinario Laboral 1100131050 24 2019 00260 01
Demandante: HERSON SILVESTRE PARRA PULIDO
Demandado: COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., diez (10) de diciembre de dos mil veinte (2020).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de Colpensiones, a la abogada Martha Ximena Morales, identificada con cédula de Ciudadanía No 1.026.274.245 y T.P.248.715 del C.S.J., en los términos y facultades del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por *Protección S.A* y *Colpensiones*, así como el grado jurisdiccional de consulta en beneficio de *Colpensiones*, respecto de la sentencia proferida el 31 de agosto del 2020 por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, toda vez que fue condenada y La Nación funge como su garante.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *Herson Silvestre Parra Pulido* interpuso demanda ordinaria laboral en contra de *Colpensiones* y *Protección S.A* a efectos que se declare que la *AFP Protección S.A* incumplió con su obligación legal de información al no brindar una asesoría veraz, oportuna, pertinente, objetiva y comprensible al demandante sobre las características y consecuencias de su traslado de régimen pensional; en consecuencia se declare nula e ineficaz la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuada por el demandante a la *AFP Protección S.A* y que el demandante se encuentra válidamente afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por *Colpensiones*.



En consecuencia, solicita se condene a la AFP *Protección S.A* a registrar en su sistema de información que la afiliación del demandante es nula e ineficaz, así como a trasladar a *Colpensiones* la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual del demandante incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar; condenar a *Colpensiones* a activar al afiliación del demandante y recibir la totalidad de los aportes, más lo que resulte probado *ultra y extra petita*, junto con las costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones expuso en síntesis que nació el 24 de agosto de 1964 e inició sus aportes en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida el 20 de junio de 1984, trasladándose a *Protección S.A* el 1º de enero del 2001, data para la cual tenía 38 años de edad.

Precisa que se trasladó atendiendo a que los asesores de la AFP le indicaron que el Instituto de Seguros Sociales se encontraba atravesando por una crisis financiera, por lo que de permanecer en dicho régimen sus aportes estarían en riesgo, omitiendo brindarle información completa y clara sobre los efectos y consecuencias de su traslado de régimen pensional, así como las características de ambos regímenes pensionales, sin entregarle una proyección pensional que le permitiera avizorar cual sería el monto de su pensión.

Destaca que el 22 de noviembre del 2018 solicitó a *Colpensiones* que se procediera a la activación de su afiliación por existir vicios de consentimiento en el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pero dicha entidad le indicó que no era procedente acceder a su solicitud.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones operó la *litis constestatio*, oponiéndose a las pretensiones de la demanda aduciendo que con el negocio jurídico celebrado entre las partes se generaron obligaciones recíprocas dentro de las cuales, estaba en cabeza del demandante la obligación de informarse frente a las consecuencias del traslado a un fondo privado.



Propuso y sustentó como excepciones de mérito las que denominó buena fe en las actuaciones de *Colpensiones*, el hecho de un tercero, presunción de legalidad de los actos jurídicos, calidad del demandante para conocer las consecuencias de su traslado, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 constitucional adicionado por el Acto Legislativo 01 del 2005 y la genérica.

Por su parte, *Protección S.A* se opuso a las pretensiones incoadas en su contra argumentando que el acto de traslado es válido y exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo.

Formula como medios exceptivos los que denomina inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, la proyección pensional realizada por la parte demandante no constituye prueba de la diferencia en el monto de la pensión, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, inexistencia de la obligación de devolver el seguro provisional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y reconocimiento de restitución mutua a favor de la AFP.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, en providencia del 31 de agosto del 2020 declaró la ineficacia de la afiliación del demandante y que para todos los efectos legales nunca se afilió al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ordenó a la AFP *Protección S.A* a trasladar a *Colpensiones* todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación del demandante como cotizaciones, bonos pensionales con todos sus frutos y rendimientos como lo dispone el artículo 1746 del C.C, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, es decir lo que ostente el demandante en la cuenta de ahorro individual o al momento de realizar el traslado, junto con los gastos de administración; ordenó a *Colpensiones* a recibir al demandante como su afiliado, actualizar y corregir la historia laboral una vez reciba los dineros de la AFP y declara no probada la excepción de prescripción.

Como sustento de su decisión, hizo alusión a la jurisprudencia relevante de la Corte Suprema de Justicia, en la que se refiere que la carga de la prueba del deber



de información recae sobre la AFP, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado o si está próximo a adquirir el derecho pensional.

Asimismo, refiere que la AFP debía allegar soportes de la información brindada sobre el sistema pensional y las consecuencias del traslado, precisando que el diligenciamiento del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el cumplimiento de dicho requisito, por tanto, se requiere de un consentimiento informado.

De esta manera, como quiera que no encontró prueba alguna que diera cuenta que se le suministró a la demandante toda la información sobre las consecuencias jurídicas del traslado, estimó pertinente declarar la ineficacia del traslado teniendo para todos los efectos legales afiliado al demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, como si jamás se hubiere realizado el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión del *a-quo* *Protección S.A* presenta recurso de apelación en el que en suma indica que se encuentra inconforme con la condena consistente en la devolución de gastos de administración, toda vez que es un emolumento previsto en la Ley 100 de 1993, en la que se faculta a las AFP para realizar tal descuento del 3%, el cual es utilizado para cubrir los gastos de administración y la prima previsional, de lo cual obra la prueba de los rendimientos del capital depositado, por lo tanto dicha orden daría lugar a un enriquecimiento sin justa causa. Frente a la prima del seguro previsional, ya fue cancelada a la aseguradora, por ende, no es dable ordenar su devolución.

A su turno, *Colpensiones* presenta recurso de apelación en el que expone que el demandante no es beneficiario del régimen de transición, por lo cual no es aplicable el precedente; de igual manera, que la decisión afecta el principio de sostenibilidad financiera.

IV.- CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:



Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema Jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

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



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

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

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

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa*



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

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

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

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

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente de las particularidades del caso o si se es o no beneficiario



del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación a *Protección S.A* del 24 de noviembre del 2000 (Fls 136), en el que si bien se refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Por otra parte, en el interrogatorio de parte en manera alguna la accionante confesó que se le haya suministrado la información requerida, por el contrario, indicó que para el traslado el asesor de la AFP en una reunión en el lugar de trabajo les informó que era la mejor opción, en tanto el Instituto de Seguros Sociales se iba a liquidar y perdería las semanas cotizadas; además, que se podía pensionar a más temprana edad con una mesada pensional más alta.

En ese orden de ideas, le asistió razón al *a-quo* al declarar la ineficacia del traslado, por cuanto no se acreditó el cumplimiento del deber de información. Lo anterior además apareja como consecuencia el deber de devolución de los emolumentos que se hayan percibido los Fondos Pensionales, incluyendo las cotizaciones, cuotas de administración, primas de aseguradoras y rendimientos, dado que, ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen, no ostentan de soporte legal. En lo atinente a la devolución de los gastos de administración, debe referirse que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos



e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

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

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

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

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que no se verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, los cuales, deben retornar de manera íntegra a *Colpensiones*, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, con lo cual se desestiman los argumentos propuestos por las AFP demandadas en el recurso de alzada.

Ahora bien, en virtud de lo anterior y visto el recurso de apelación respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera de la Entidad al declarar la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, e sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló:

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



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

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

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

En virtud del grado jurisdiccional de consulta, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”*, motivo por el cual, la excepción de prescripción resulta impróspera.



SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN:

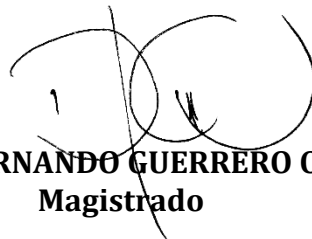
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 31 de agosto del 2020 por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

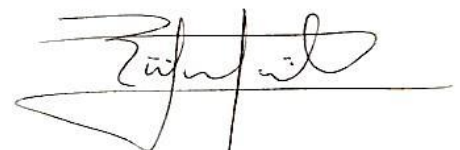
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



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

Ordinario Laboral 1100131050 38 2017 00512 01
Demandante: MARTHA ISABEL CELIS RÍOS
Demandados: HEREDEROS DETERMINADOS E INDETERMINADOS DE LA
 SEÑORA MARÍA DELIA MEJÍA DE PALACIO, ROSMERY
 PALACIO MEJÍA, MABEL PALACIO MEJÍA, JAVIER PALACIO
 MEJÍA Y LA COMPAÑÍA MANUFACTURAS DELMYP S.A.S.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., diez (10) de diciembre de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 22 de julio del 2020 proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Martha Isabel Celis Ríos* presentó demanda ordinaria laboral en contra de los *Herederos Determinados e Indeterminados de la señora María Delia Mejía de Palacio*, en su calidad de propietaria del establecimiento de comercio “Manufacturas Delmyp”; y a su vez contra *Rosmery Palacio Mejía, Mabel Palacio Mejía, Javier Palacio Mejía* y la sociedad *Manufacturas Delmyp S.A.S.*, a efectos que se declare que se vinculó inicialmente para *Martha Isabel Celis Ríos* en el establecimiento de comercio desde el 16 de febrero de 1987, acaeciendo posteriormente sustitución patronal con la sociedad *Manufacturas Delmyp S.A.S.*



En consecuencia, se condene a los accionados al pago de salarios causados entre el mayo, junio y julio de 2017, auxilio de cesantías e intereses a las cesantías del año 2016, prima de servicios de junio del año 2017, los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones y Salud, el subsidio familiar, dotación y calzado de labor, al banco Davivienda la suma de \$280.371, auxilio funerario, sanción por la no consignación del auxilio de cesantías, sanción por el no pago de intereses a las cesantías, indemnización moratoria, la indexación y las costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que ingresó a prestar servicios en beneficio de la señora *María Delia Mejía de Palacio* el 16 de febrero de 1987, desempeñándose como operaria de maquinaria plana y auxiliar de control de calidad; que la sociedad *Manufacturas Delmyp S.A.S.* inició actividades comerciales el 9 de diciembre de 2010, desarrollando las mismas actividades y correspondiendo su objeto que el establecimiento de comercio en donde prestaba el servicio desde el inicio de la relación laboral, operando la sustitución patronal.

De otra parte, que la solidaridad con los señores *Rosmery Palacio Mejía, Mabel Palacio Mejía, Javier Palacio Mejía* se predica en tanto, en calidad de herederos de la señora *María Delia Mejía de Palacio*, constituyeron la sociedad *Manufacturas Delmyp S.A.S.*

Refiere que autorizó el descuento de su salario a efectos de solucionar un crédito en el Banco Davivienda, sin que haya destinado lo descontado a dicha entidad financiera; de igual manera que se le adeudan las acreencias laborales pretendidas en la demanda.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La sociedad *Manufacturas Delmyp S.A.S. – En Reorganización*, operó la *litis contestatio* señalando que la vinculación de la accionante solo se dio desde el 12 de enero de 2006,



desconociendo la relación que aduce mantuvo con anterioridad con la señora *María Delia Mejía de Palacio*; señala no oponerse a que se declare la sustitución patronal tras el fallecimiento de la señora *María Delia Mejía de Palacio*, toda vez que dicha situación implicó el desaparecimiento del establecimiento de comercio, constituyéndose la sociedad.

Que la accionante se vinculó el 12 de enero de 2006 y el 28 de octubre de 2014 se le notifica que iniciaba el periodo de entrenamiento en el cargo auxiliar de control de calidad; señala que quienes supervisaban el trabajo de la accionante eran el Supervisor de Costura, el Coordinador de Producción y el Jefe de Producción, sin que haya estado subordinada por la señora *Rosemary Palacio Mejía*; que la jornada laboral se acompasa con el ordenamiento jurídico, sin sobrepasar sus límites; que es cierto que el salario asciende a \$800.000 y que se adeudan salarios de junio y julio de 2017, lo cual se debe al proceso de reorganización; lo cual también se predica de las cesantías e intereses a las cesantías del año 2016, prima de servicios del primer semestre del año 2017.

De otra parte, que se encuentra al día en el pago de aportes al Sistema Integral de Seguridad Social, el crédito de libranza con el banco Davivienda y se ha remitido el pago del auxilio funerario a la aseguradora contratada; que las personas naturales accionadas no hacen parte de la sociedad y no fungieron como empleadores.

Propuso y sustentó las excepciones de mérito de prescripción, cobro de lo debido y la innominada o genérica.

Los señores *Rosemary Palacio Mejía*, *Mabel Palacio Mejía* y *Javier Palacio Mejía* contestaron la demanda por conducto de común apoderado judicial, señalando que nunca existió relación laboral alguna con la demanda; de igual manera, que no se predica solidaridad en tanto no son accionistas de la sociedad y ya no ostentan la calidad de herederos.



Formulan como excepciones de mérito las que denominaron falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción, cobro de lo no debido y la innominada a genérica.

Finalmente, la curadora *ad-litem* de los herederos indeterminados de la señora *María Delia Mejía de Palacio*, contestó la demanda refiriendo que no le constan los hechos de la demanda, no obstante, en la misma no se aportan medios de convicción para la prosperidad de las pretensiones, y de otra parte, las acreencias laborales se causan con posterioridad a la alegada sustitución patronal, por ende no sería de responsabilidad de la causante *María Delia Mejía de Palacio*.

Formuló como excepciones las de inexistencia de contrato de trabajo, inoponibilidad de las pretensiones reclamadas, cobro de lo no debido, la genérica, inexigibilidad de las pretensiones y aplicación de las normas de la sustitución patronal.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 22 de julio del 2020 declaró que entre la señora *Martha Isabel Celis Ríos* y la demandada *Manufacturas Delmyp S.A.S.*, existió un contrato de trabajo entre el 12 de enero de 2006 y el 13 de septiembre de 2019; condenó a la accionada al pago de auxilio de cesantías, intereses de cesantías, salarios de mayo, junio y julio de 2017, prima se servicios del primer semestre de 2017, sanción por la no consignación de las cesantías, sanción por el no pago de intereses cesantías, la indexación; absolvió de los restantes pedimentos, así como de todas las pretensiones a los herederos indeterminados de la señora *María Delia Mejía de Palacio* y los señores *Rosemary Palacio mejía*, *Mabel Palacio Mejía* y *Javier Palacio Mejía*.

Para tal efecto estimo en primera medida, tras hacer un recuento del material probatorio, que del mismo se desprende que la accionante estuvo vinculada en diversas épocas y con diferentes empleadores, por ende, no existió una sola relación laboral



como se planteó en la demanda. De igual manera, frente a la sustitución patronal, si bien la sociedad no se opuso a tal declaratoria, no se especificó en qué manera se dio tal fenómeno, máxime que en nada afecta el reconocimiento de acreencias laborales, pues datan del año 2016 y 2017 cuando la empleadora era la sociedad *Manufacturas Delmyp S.A.S.*

De igual manera, frente a los herederos determinados e indeterminados de la señora *María Delia Mejía de Palacio* no se predica solidaridad de conformidad con el artículo 34 del C.S.T., pues no se dan los presupuestos normativos. De otra parte, no es dable emitir condena en contra de herederos, pues no se evidencia que se le hayan adjudicado créditos de carácter laboral en el respectivo proceso de sucesión; en igual sentido, tampoco es dable emitir condena en calidad de socios, pues no se evidencia su participación en la sociedad, ni se discutió dicho aspecto en el plenario.

Frente a las restantes pretensiones estimó que no se acreditó el pago de salarios de los meses de mayo a julio de 2017, prima del primer semestre del año 2017, auxilio de cesantías e intereses a las cesantías del año 2016, por lo cual emitió condena a su pago.

Frente a la sanción por el no pago del auxilio de cesantías, señaló que la misma operaba entre el 15 de febrero de 2017 hasta el 30 de julio de 2017, toda vez que la Superintendencia de Sociedades admitió el proceso de reorganización de la empresa; frente a la sanción por el no pago de intereses a las cesantías, estimó ser procedente, en cuantía igual que los intereses causados; frente a la indemnización moratoria, absolvió de su pago, en razón al proceso de reorganización que se encuentra en curso desde el mes de julio de 2017; frente a las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, estimó que solo resultaba procedente respecto del contrato cuya existencia se declaró, máxime que existieron novedades de retiro en los cuales no es dable estimar que se adeuden cotizaciones por los períodos del 16 de febrero de 1987 al 31 de marzo de 1993, de agosto a octubre de 1996, de noviembre de 1996 a marzo de 2000, de enero 2003, febrero de 2004 y de enero a marzo de 2005; de igual



manera que se sufragaron los aportes a Pensión y Riesgos Laborales en vigencia del contrato de trabajo suscrito con la sociedad; estima además que no es factible emitir condena por concepto de aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en tanto la consecuencia de la mora es asumir las prestaciones económicas y asistenciales; absolvió de la dotación y calzado de labor, en tanto no se aportó prueba que cuantificara el perjuicio.

En lo atinente al subsidio familiar, que no resulta procedente, en tanto los aportes fueron realizados. Frente a los descuentos que se hicieron respecto del crédito al banco Davivienda, señala que no se demostró que en efecto la mora en el pago sea imputable a un descuento del empleador que no se trasladó a la entidad financiera, pues lo que acaeció fue el no pago del salario, lo cual apareja como consecuencia su pago, más no perjuicios derivados del crédito, máxime que la prueba aportada al plenario no da cuenta del motivo de la mora en el crédito.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandante inconforme con la decisión presenta recurso de apelación, en el que en suma indica que se deben emitir condena por las sanciones moratorias, en tanto antes del proceso de reorganización, la sociedad venía incumpliendo el pago del auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, salarios, primas de servicios y aportes al Sistema Integral de Seguridad Social, por ende, no es de recibo que se interrumpan por el proceso de reorganización, máxime que los pagos del Sistema Integral de Seguridad Social si fueron solucionados y no así las acreencias laborales.

De otra parte, que si bien se presentaron interrupciones del contrato de trabajo en algunas épocas, lo cierto es que el contrato de trabajo se suscribió inicialmente con la persona natural, y por ende, en virtud de la sustitución patronal, las obligaciones que existían deben ser solucionadas por la actual empleadora, por ende, se debe modificar la condena al pago de aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones,



debiendo en todo caso el *a-quo* frente dichos aportes así como frente al subsidio familiar y el crédito del banco Davivienda, decretar de oficio las pruebas pertinentes para emitir la respectiva condena, lo cual daría seguridad jurídica y no afectaría una eventual pensión de la accionante.

Por otra parte, ante una eventual liquidación de la sociedad, se debe declarar solidariamente responsable a las personas naturales accionadas, en virtud de la sustitución patronal.

De igual manera que, que el subsidio familiar debe solucionarse por cuanto se acreditó la mora en el pago de aportes al Sistema Integral de Seguridad Social, máxime que el *a-quo* debió decretar la prueba de oficio para acreditar dicha situación.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse (i) si no es dable interrumpir la sanción por la no consignación del auxilio de cesantías y la indemnización moratoria; (ii) si la sociedad accionada debe ser condenada al pago de los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones con anterioridad al contrato de trabajo suscrito con la trabajadora, en virtud de la sustitución patronal; (iii) si se debe condenar a la accionada al pago del subsidio familiar y de los perjuicios por el no pago del crédito al banco



Davivienda; y, (iv) si se debe condenar solidariamente a las personas naturales accionadas.

a. Contrato de trabajo:

Es menester señalar como primera medida, que el accionante para la fecha de presentación de la demanda, pretendía se declare la existencia de un único contrato de trabajo suscrito con la señora *María Delia Mejía de Palacio*, vigente desde el 16 de febrero de 1987, el cual, en virtud de una sustitución patronal, se encontraba vigente con la sociedad *Manufacturas Delmyp S.A.S.*

De igual manera, en el transcurso del proceso se estableció que el contrato finiquitó el 13 de septiembre de 2019. De igual manera, consideró el a-quo que no medió entre las partes un único contrato de trabajo, en tanto se vinculó en diversas épocas y para diversos empleadores, por lo cual acogió la última vinculación plenamente acreditada al plenario, entre el 12 de enero de 2006 y el 13 de septiembre de 2019, fungiendo como empleadora la sociedad *Manufacturas Delmyp S.A.S.*

Ahora bien, el accionante no censura tal determinación, en tanto en el mismo recurso de alzada aduce que existió interrupción en el contrato de trabajo, motivo por el cual, es dable señalar que le asistió razón al *a-quo* al declarar solo la existencia del último contrato de trabajo plenamente establecido. Ello en tanto, cuando el demandante fundamente todos sus pedimentos en la existencia de un solo contrato de trabajo, y dicha situación no se acredite, como en el presente evento que se admite la existencia de interrupciones, se tendrá en cuenta únicamente la última relación que unió a las partes. Lo anterior, conforme lo ha adocinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL4069-2019, Radicación No. 61441 del 17 de septiembre de 2019:



“Ello, por cuanto la Sala tiene adoctrinado que en asuntos como el que nos ocupa, donde se peticiona la declaración de la existencia de un único contrato de trabajo y la realidad muestra que en verdad existieron varias vinculaciones laborales independientes cada una de la otra, o lo que es lo mismo con solución de continuidad, se debe tomar, con el fin de examinar las condenas, el último vínculo de carácter laboral continuo que ató a las partes, pues, si bien la demandante es quien marca el tema decidendum en materia de los juicios del trabajo y de la seguridad social, lo cierto es que el Juez puede proceder a ello en virtud de la capacidad de fallar minus petita.

“Así lo determinó la Sala, por ejemplo, en la sentencia CSJ SL5165-2017, cuando indicó que:

“[...] recuerda la Corte que ha sido criterio de esta Corporación, que en asuntos como el presente, en que las pretensiones están cimentadas en una única relación laboral, se debe tomar para reexaminar las condenas, el último vínculo de carácter laboral continuo que ató a las partes.

De tal manera que le asiste razón al a-quo al declarar la existencia del contrato de trabajo en los extremos laborales admitidos por las partes, máxime que se allegó el contrato escrito de trabajo del 12 de enero de 2006 suscrito entre la demandante y la sociedad *Manufacturas Delmyp S.A.S.* (Fls 85 a 86), y, se reitera, por pasiva no se discutió la existencia de interrupciones en el contrato de trabajo.

Una vez determinado lo anterior, procede la Sala al estudio de las pretensiones que fueran objeto de alzada.

b. Aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones:

Aduce la parte demandante se debe emitir condena por concepto de los aportes pensionales por los períodos del 16 de febrero de 1987 al 31 de marzo de 1993, de agosto a octubre de 1996, de noviembre de 1996 a marzo de 2000, de enero 2003, febrero de 2004 y de enero a marzo de 2005, en virtud de los efectos de la sustitución patronal, al haberse vinculado inicialmente con la señora *María Delia Mejía de Palacio*.



Sobre el particular es menester señalar que de conformidad con el artículo 67 del C.S.T. *“Se entiende por sustitución de empleadores todo cambio de un empleador por otro, por cualquier causa, siempre que subsista la identidad del establecimiento, es decir, en cuanto este no sufra variaciones esenciales en el giro de sus actividades o negocios”*; de igual manera el artículo 69 *ejusdem* estipula *“1. El antiguo y el nuevo empleador responden solidariamente las obligaciones que a la fecha de la sustitución sean exigibles a aquél, pero si el nuevo empleador las satisficere, puede repetir contra el antiguo”, “2. El nuevo {empleador} responde de las obligaciones que surjan con posterioridad a la sustitución”*.

Sobre la intelección de dicha figura jurídica, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, ha señalado:

“Una lectura textual del citado artículo lleva a deducir que los requisitos de la sustitución de empleadores son el cambio de titularidad de la empresa, establecimiento o entidad económica, por cualquier causa (cesión, venta, arrendamiento, fusión, etc.), y la subsistencia de la identidad del negocio. No obstante, para la Sala el tercer elemento que tradicionalmente ha introducido la jurisprudencia -continuidad en la prestación del servicio- está implícito en la noción de «sustitución de patronos» prevista en el artículo 67 ibidem, que supone una sucesión de empleadores o un cambio en la posición jurídica subjetiva empresarial en la ejecución de una relación de trabajo.

“Por otro lado, es en el contexto de la relación laboral y su continuidad con otro empleador, en el que esta figura tiene pleno sentido o, más bien, en donde se activan sus garantías consistentes en que los términos de los contratos de trabajo no varíen, se mantenga la antigüedad laboral de los trabajadores y la transferencia de empresa no afecte la solvencia de pago de los créditos laborales adquiridos por el empleador transmitente.

*“En esa dirección, la sustitución patronal tiene unos efectos laborales que se despliegan fundamentalmente cuando el trabajador sigue vinculado con el nuevo empresario, pues de lo contrario, las garantías legales pierden totalmente su sentido. En la actualidad cobran importancia las siguientes protecciones (arts. 68 y 69 CST): (i) la sucesión en la titularidad del negocio no modifica ni extingue los contratos de trabajo, lo que significa que, de producirse este cambio, el trabajador conserva sus condiciones laborales (categoría, jornada, remuneración, beneficios, antigüedad, entre otros), de manera que el nuevo empleador tiene limitadas sus facultades a las permitidas por el *ius variandi*, y (ii) la solidaridad entre el antiguo*



y nuevo empleador de las obligaciones que a la fecha de la sustitución sean exigibles aquel, evita transferencias de establecimiento fraudulentas.

[...]

“En definitiva, la sustitución patronal no neutraliza la facultad de anteriores o nuevos empleadores de terminar los contratos de trabajo, en la medida que sus efectos son los consagrados en los artículos 68 y 69 del Código Sustantivo del Trabajo y dentro de ellos no se encuentra el derecho a la estabilidad laboral absoluta derivada de la mutación de la titularidad del negocio.

Ahora bien, como se analizó en precedencia, la existencia del último contrato de trabajo sin solución de continuidad se encontró acreditada desde el 12 de enero de 2006, el que fuera suscrito por la señora *María Delia Mejía de Palacio*, de tal manera que la sustitución patronal operó con posterioridad a dicha data, teniendo en cuenta que la sociedad Manufacturas Delmyp S.A.S. se constituyó el 9 de diciembre de 2010 (Fl 67), motivo por el cual no es dable hacer extensivas a la obligaciones que surgen de dicha sustitución, las que se causaron anterioridad al último contrato de trabajo, pues respecto de las anteriores vinculaciones no se predica una continuidad en la prestación del servicio.

En ese orden de ideas, al no haberse extendido la sustitución patronal con anterioridad al contrato del 12 de enero de 2006, no es dable emitir condena por los aportes pensionales de los períodos del 16 de febrero de 1987 al 31 de marzo de 1993, de agosto a octubre de 1996, de noviembre de 1996 a marzo de 2000, de enero 2003, febrero de 2004 y de enero a marzo de 2005.

De otra parte, si bien el no pago de aportes impacta directamente un eventual reconocimiento pensional, dicha situación, la cual además resulta ser un aserto del recurrente eventual e hipotético, pues no se acreditó que a la accionante se le haya negado la pensión en virtud de los periodos que aduce no fueron aportados, lo cierto es que dicho argumento no permite que se dejen de aplicar las normativas que regulan los efectos jurídicos de la sustitución patronal, los que, se reitera, no implican que el



nuevo empleador deba asumir obligaciones patronales de contratos de trabajo respecto de los cuales no se predica continuidad en la prestación del servicio.

Aunado a lo anterior, tal como se refirió en precedencia, al evidenciarse la existencia de varios contratos de trabajo, solo es dable analizar las acreencias sociales insolutas del último acreditado, motivo por el cual no se modificará la decisión de primer grado en este aspecto.

c. Sanción por la no consignación del auxilio de cesantías e indemnización moratoria:

El artículo 99 de la Ley 50 de 1990 consagra que el valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija, el empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo; a su vez el artículo 65 del C.S.T. consagra la indemnización moratoria en el evento que a la terminación del contrato de trabajo, se adeuden salarios y prestaciones sociales.

Tal como reiteradamente lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dichas sanciones no operan de manera automática, pues en todo caso debe analizarse los motivos que guiaron la omisión del empleador, pues de estimarse razonables, no hay lugar a su imposición. Así, en esa H. Corporación en sentencia SL4632-2020, Radicación No. 68835, del 25 de noviembre de 2020, se establece *“Como lo ha reiterado esta Corporación, la condena por este concepto no es automática, sino que «impone al juzgador auscultar en el elemento subjetivo a fin de determinar si el empleador tuvo razones atendibles para obrar como lo hizo» (CSJ SL194-2019), pues de ser así, no habría lugar a la condena”*.



Ahora bien, aduce el recurrente que el hecho de haberse admitido el proceso de reorganización empresarial por la Superintendencia de Sociedades no permite interrumpir su imposición.

Sobre el particular se tiene que del certificado de existencia y representación legal de la accionada, se extrae que en virtud de la Ley 1116 de 2006, la Superintendencia de Sociedades, mediante auto del 31 de julio de 2017, admitió el proceso de reorganización empresarial y designó al respectivo promotor, por lo cual, a juicio de la Corporación, es claro que la omisión de pago a partir de la fecha de expedición de dicho proveído no derivó de una buena o mala fe, sino de la imposibilidad de disposición de recursos en aras de ejecutar la implementación de las medidas propias de dicho proceso, máxime que se dispuso en el aviso de reorganización por la Superintendencia Financiera (Fl 117):

“5. Que de conformidad con lo establecido en el numeral 11º del artículo 19 de la Ley 1116 de 2006, la sociedad deudora sin autorización del juez de concurso, no podrá realizar enajenaciones que no estén comprendida en el guro ordinario de sus negocios, ni constituir cauciones sobre bienes del deudor, ni hacer pagos, ni arreglos relacionados con sus obligaciones [...]”

Sobre este aspecto la Sala de Casación Laboral, de la Corte Suprema de Justicia, señaló en sentencia SL1595-2020, Radicación No. 70531 del 21 de abril de 2020:

“De lo expuesto en precedencia, la demandada no demostró la existencia de razones serias y atendibles que justificaran el incumplimiento de sus obligaciones patronales, pues aun con dificultades económicas contaba con ingresos suficientes para el pago de las mismas a la fecha de terminación del contrato de trabajo, sin que tuviera que esperarse que con posterioridad se sometiera al proceso de reorganización, de manera que su conducta no puede ser ubicada en el campo de la buena fe, con el ánimo de exonerarla del pago de la indemnización moratoria.

“En este punto debe recordarse que la jurisprudencia de la Sala ha sido clara en sostener que el mencionado proceso de reactivación económica no legitima al empleador para omitir el pago de las acreencias laborales (CSJ SL, rad. 37288, 24 ene. 2012).



“Pese a lo anterior, se limitará el reconocimiento de la indemnización sólo hasta el 17 de octubre de 2012, fecha en que la Superintendencia de Sociedades admitió el trámite de reorganización empresarial y nombró promotor, debido a que, desde entonces, dicho agente estatal desplazó al empleador y entró a dirigir los destinos económicos de la sociedad intervenida, sin que pudiera a su arbitrio, cancelar las acreencias del accionante, utilizando los recursos destinados a conservar el equilibrio de la compañía y la igualdad entre los acreedores, conforme a los fines propios de la reactivación empresarial (CSJ SL16280-2014).”

Como corolario de lo anterior, le asistió razón al *a-quo* limitar la sanción por la no consignación del auxilio de cesantías hasta el 30 de julio de 2017, así como absolver de la indemnización moratoria.

d. Subsidio familiar y crédito bancario:

A efectos de absolver del subsidio familiar se consideró en primera instancia que los aportes al Sistema de Seguridad Social fueron satisfechos por la empleadora. De igual manera, frente al crédito den el banco Davivienda estimó que no se acreditó por cual concepto se generó la mora en el pago del mismo, pues la documental solo da cuenta de un incumplimiento de la obligación, sin acreditarse además que la empleadora haya efectuado descuentos del salario por dicho concepto.

Frente a las anteriores consideraciones el recurrente aduce que el Juez debió decretar de oficio las pruebas que conduzcan a establecer la mora en el pago de aportes a Seguridad Social, así como el descuento salarial y el posterior no pago de la obligación financiera, así como los perjuicios que ello conllevó, lo cual, estima la Sala, en manera alguna conduce a revocar la absolución, pues de conformidad con el artículo 167 del C.G.P., *“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*, estando al alcance de la accionante solicitar oportunamente el decreto y práctica de los medios de convicción que ahora echa de menos.



De tal manera, que no resulta de recibo que la parte que ostenta la carga probatoria traslade la misma a las facultades oficiosas del Juez, y cimentar sobre ello la revocatoria de una decisión adversa a sus intereses, motivo que impele a confirmar la decisión en este aspecto.

e. Solidaridad:

Finalmente refiere el apelante que se deben imponer las condenas de manera solidaria en virtud de la sustitución patronal y la eventual liquidación de la sociedad.

Sobre el particular basta con señalar que las condenas impuestas datan de años posteriores a la sustitución patronal, por lo cual los herederos determinados e indeterminados de la señora *María Delia Mejía de Palacio* no resultan ser responsables en virtud de la sustitución patronal; de otra parte, el hecho de una eventual liquidación no se regula como fuente de responsabilidad solidaria en el ordenamiento jurídico laboral, sin que además se cumplan los presupuestos de los artículo 34, 35 y 36 del C.S.T.

Como corolario de lo anteriormente expuesto, se confirmará en su integridad la sentencia de primera instancia.

SIN COSTAS en esta instancia, por cuanto no se causaron.

DECISIÓN:

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

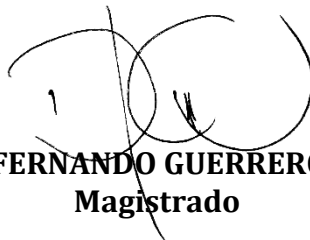
RESUELVE:



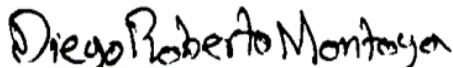
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 22 de julio de 2020, por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

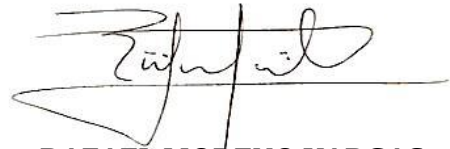
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



del Decreto 1848 de 1969, a partir del 1º de agosto de 2016, más los reajustes legales, la respectiva indexación y lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que se vinculó a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero mediante contrato de trabajo, el cual permaneció vigente entre el 20 de noviembre de 1974 y el 15 de noviembre de 1991; que las partes resolvieron libre y voluntariamente dar por terminado el contrato de trabajo por mutuo consentimiento a partir del 16 de noviembre de 1991, en audiencia especial de conciliación llevada a cabo el 12 de noviembre de 1991 en la Inspección del Trabajo de Mocoa.

Que prestó el servicio por espacio de 16 años, 11 meses y 25 días, desempeñando como último cargo el de cajera principal, grado 04, en la oficina de Sibundoy – Putumayo; que el último salario promedio ascendió a la suma de \$192.963, la cual se adoptó para liquidar las prestaciones sociales definitivas.

Refiere que durante la vinculación laboral, devengaba la prima de antigüedad de manera mensual; finalmente, que nació el 1º de agosto de 1965, por lo que cumplió 60 años de edad el 1º de agosto de 2016, agotando la reclamación administrativa el 9 de agosto de 2019.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas en su contra, aduciendo no constarle los hechos relativos al contrato de trabajo con la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero; de otra parte, que carece de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que el derecho pretendido recae en cabeza de la ex empleadora; de igual manera, que a la demandante le fue reconocida pensión de vejez, por ende resulta



incompatible con la prestación pretendida; finalmente, que no es dable reconocer 14 mesadas pensionales, en tanto dicho beneficio fue regulado por el Acto Legislativo 01 de 2005.

Formula como medios exceptivos los que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva; imposibilidad de tener derecho a dos pensiones que cumplen el mismo fin jurídico; improcedencia de mesadas adicionales de conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005; prescripción; buena fe y la innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 10 de junio del 2020 condenó a la UGPP a reconocer a la demandante la pensión restringida de jubilación por retiro voluntario luego de 15 años de servicios, a partir del 1º de agosto de 2016, en cuantía inicial de \$1.194.752.29, valor sobre el cual deberá realizar los reajustes legales pertinentes, y a pagarle las mesadas pensionales ordinarias y adicionales, debidamente indexadas; autorizó descontar del retroactivo de mesadas pensionales indexadas, el porcentaje de los aportes pertinentes con destino al Sistema de Seguridad Social en Salud; declaró que la pensión restringida de jubilación por retiro voluntario es compatible con la pensión que le pueda llegar a ser reconocida por parte de *Colpensiones* o que le haya sido reconocida por el Instituto de Seguros Sociales; declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a la accionada.

Para tal efecto estimó que se acreditó en el plenario de las certificaciones aportadas como del acta de conciliación, que la accionante laboró entre el 20 de noviembre de 1977 y el 15 de noviembre de 1991 para la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, en el empleo de cajera principal grado 04 en la oficina de Sibundoy Putumayo; de igual manera, que el contrato culminó de mutuo acuerdo entre las partes.



Refiere que el artículo 8º de la Ley 171 de 1961 y el artículo 74 del Decreto 1848 de 1969, consagran la pensión restringida de jubilación, sin regular la edad como un requisito para la causación del derecho, sino de exigibilidad del mismo. De igual manera, que la pensión solo vino a ser derogada con la Ley 100 de 1993, fecha para la cual la accionante había cumplido los requisitos, esto es, haber prestado el servicio durante más de 15 años y terminar el contrato de mutuo acuerdo, reiterando, que la edad es un presupuesto de exigibilidad, el cual cumplió el 1º de agosto de 2016.

Frente al monto de la pensión que el ingreso base de liquidación debe ser indexado, por lo que corresponde a \$1.875.592,29, siendo la tasa de reemplazo equivalente al 63,70%, y en ese sentido la primera mesada pensional asciende a \$1.194.752,29, para el mes de agosto de 2016, la cual es compatible con la pensión que llegue a reconocer *Colpensiones* o que haya reconocido el *Instituto de Seguros Sociales*, ello por cuanto la pensión no se causa con ocasión de un despido injustificado.

Finalmente, que no operó la prescripción, por cuanto la reclamación administrativa se elevó el 8 de agosto de 2019, y la demanda el 21 de octubre de 2019, por ende, se interrumpió antes de transcurrir 3 años.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

La parte demandada inconforme con la decisión presenta recurso de apelación en el que en suma indica que la accionante no cumple con los requisitos para acceder a la pensión sanción consagrada en la Ley 171 de 1961, por cuando dicha normativa solo tuvo vigencia hasta la expedición de la Ley 100 de 1993, siendo que el artículo 133 de la dicha regulación, no consagra una pensión por retiro voluntario; de otra parte, que no es dable acceder a dos pensiones, pues atenta con el principio de sostenibilidad financiera pensional.

IV. CONSIDERACIONES:



a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si la demandante tiene derecho a la pensión de jubilación.

a. Pensión Sanción:

De conformidad con el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, existen tres situaciones distintas para las pensiones proporcionales de jubilación, a saber:

- (i) cuando el trabajador es despedido sin justa causa por el empleador habiendo laborado más de 10 años y menos de 15, evento ante el cual debe pensionarlo cuando cumpla 60 años de edad,
- (ii) Cuando el trabajador es despedido sin justa causa por el empleador habiendo laborado más de 15 años, caso en el cual debe pensionarlo cuando cumpla 50 años de edad, y
- (iii) Cuando después de 15 años de servicio. El trabajador se retira voluntariamente, tiene derecho a la pensión cuando cumpla 60 años de edad.

En punto de lo anterior, la Sala determinará si la actora cumplió con los requisitos de alguna de las situaciones antes mencionadas.



En el caso concreto y respecto de los tiempos de servicios, se aprecia que se probó que la accionante se vinculó a la *Caja De Crédito Agrario, Industrial y Minero* entre el 20 de noviembre de 1974 y el 15 de noviembre de 1991, pues así se extrae de la liquidación de cesantías definitivas (Fl. 18), el certificado expedido por la Coordinadora del Grupo de Gestión Integral de Entidades Liquidadas, en el cual además se refiere que el último cargo desempeñado fue el de Cajera Principal, Grado 04, en la Oficina de Sibundoy – Putumayo (Fl 19), así como del contenido del acta de conciliación celebrada el 12 de noviembre de 1991 ante la Inspección del Trabajo (Fls 20-21).

Se demostró asimismo que, el contrato de trabajo terminó por mutuo acuerdo, tal y como se evidencia de la citada acta de conciliación, situación esta última asimilada a una terminación voluntaria por parte del trabajador, conforme a lo dicho por la SL CSJ, entre otras sentencias en la del 6 de septiembre de 2011, radicación 45545, 859 del 2013, del 4 de diciembre de 2013, radicación 43701 y más recientemente en la sentencia SL 4617 de 2017, al señalar:

“Lo anterior para significar que en casos como el sub examine, cuando trabajador y empleador deciden a través de un acta de conciliación celebrada ante el funcionario competente, terminar la relación laboral por mutuo consentimiento, es acertado afirmar que en esta decisión, no obstante presentarse una oferta económica por parte del empleador, medió la voluntad del asalariado para finiquitar ese vínculo contractual, circunstancia que no desdibuja el retiro voluntario a que se refiere el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, al exigirlo para la configuración de la pensión de jubilación restringida después de quince años de servicio”.

Así las cosas, al haberse terminado el contrato por mutuo acuerdo, para lograr el reconocimiento de la pensión, la demandante debió haber acreditado 15 años de servicios, coligiéndose que en el presente caso la actora superó tal término, pues laboró 16 años, 11 meses y 26 días. Como consecuencia de lo anterior, acreditó los requisitos para que se le reconozca la pensión restringida, pues los presupuestos de causación de la pensión bajo estudio hacen referencia al tiempo de servicios y en este caso, al retiro voluntario.



Debe precisarse que el cumplimiento de la edad es una condición para su exigibilidad, sin que pueda entenderse como un requisito de configuración del derecho, tal como lo ha precisado Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en la de Radiación No. 51.859 del 26 de noviembre de 2014, resultando indiferente si el cumplimiento de la edad se produce en vigencia de la Ley 100 de 1993 o del Acto Legislativo 01 de 2005, pues quienes se ubicaron en las hipótesis previstas por la Ley 171 de 1961, tenían un derecho adquirido que el mismo preservó.

Cabe mencionar que en sentencia SL 10.902 de 2014 la CSJ expuso:

“[...] en reciente determinación CSJ SL 818-13 (radicado 38786) [...] se explicó que la pensión de jubilación proporcional del artículo 8 de la Ley 171 de 1961 no fue subrogada por el Instituto de Seguros Sociales por la simple afiliación que se le hiciera, de manera que si el trabajador satisfizo los requisitos de dicha normativa (15 años, y mutuo acuerdo), es decir los dejó causados, independientemente de que la edad la hubiese cumplido con posterioridad. Así se unificó el criterio, que luego fue reiterado en la providencia SL889-13 (radicación 42962)”

De igual manera, en sentencia SL4537-2020, Radicación No. 75537 del 18 de noviembre de 2020, estimó:

“Como atrás se dijo, no está en discusión que el retiro de la trabajadora, después de 15 años de servicio, se produjo antes de la entrada en vigor del nuevo sistema de seguridad social y, obviamente, de la reforma constitucional mencionada. De esta suerte, como lo ha explicado la Corte, es en aquel momento en que nace el derecho, si están dados «todos los elementos de configuración de la pensión restringida de jubilación, como son el tiempo de servicios y la forma de terminación del vínculo, siendo la edad un requisito de exigibilidad más no de causación» (CSJ SL2652-2019)”.

Por lo tanto, se confirmará la sentencia de primera instancia en el sentido de reconocer la pensión restringida de la Ley 171 de 1961, sin que prosperen los argumentos de la alzada en lo antes estudiado.

b. Sobre la compartibilidad y compatibilidad de las pensiones extralegales.



La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, señaló que la Ley 90 de 1946 y el Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 de 1946, previeron la subrogación gradual de las pensiones legales, pero no de las extralegales, pues esa posibilidad solo surgió a partir del 17 de octubre de 1985, fecha en que entró en vigencia el Acuerdo 029 de 1985, que previó la compartibilidad de esas pensiones, con el consecuente pago del mayor valor, si a ello hubiera lugar, situación reiterada con el Acuerdo 049 de 1990.

Es así que, como quiera que la pensión de la demandante se causó el 15 de noviembre de 1991, el reconocimiento de la pensión aquí estudiada será compartible con la pensión de vejez que pudiere corresponder a cargo de *Colpensiones*, siendo a cuenta de la *UGPP* el mayor valor si existiere. En ese orden de ideas no le asiste razón al *a-quo* al estimar que la pensión resultaba compatible.

Sobre el particular la Corte Suprema de Justicia, en reciente sentencia SL4474-2020, Radicación No. 72104 del 18 de noviembre de 2020, señaló:

“En consecuencia, es preciso indicar que el posible reconocimiento pensional por vejez que posteriormente realice el ISS hoy Colpensiones, solo cobra relevancia para los eventos de la compartibilidad de la pensión restringida de jubilación por retiro voluntario según surge de lo dispuesto en el artículo 5 del Acuerdo 029 de 1985, que luego ratificó el artículo 17 del Acuerdo 049 de 1990, que resulta aplicable respecto de trabajadores oficiales afiliados a ese Instituto.

“Con relación al tema de la compartibilidad entre la pensión sanción de jubilación concedida con la de vejez que le otorgue el ISS, de conformidad con los citados acuerdos o reglamentos del ISS, quedando a cargo de la pasiva el pago del mayor valor si lo hubiere, la Corte consideró que eran compartibles por virtud de la ley, pues esa situación surgió a partir del 17 de octubre de 1985 cuando entró en vigencia el Decreto 2879 del mismo año. En la sentencia CSJ SL18049-2016, al respecto se puntualizó:

“Esta Sala ha definido, tal como lo estableció el Tribunal, que por regla general las pensiones de origen legal como la concedida al señor García Puerta, la cual fue



causada con posterioridad a la entrada en vigencia del Acuerdo 029 de 1985, es decir, del 17 de octubre de 1985, son compartibles con la de vejez que otorga el Instituto de Seguros Sociales, pues esa posibilidad de compartirlas solo se generó luego de la entrada en vigencia del citado Acuerdo, aprobado por el Decreto 2879 del mismo año. También se ha pronunciado la Corporación en el sentido de indicar que esa, que es una regla general, tiene su excepción cuando las partes así lo acuerdan por medio de una convención o pacto colectivo o queda plasmado en un laudo arbitral, o por la autocomposición, convirtiéndose así dicha pensión en compatible.

“Así las cosas, es preciso recordar que sobre el tema en cuestión, la Sala en numerosas oportunidades se ha pronunciado de forma reiterada y pacífica en el sentido de señalar que para efectos de la causación del derecho a la pensión proporcional de jubilación del artículo 8º de la Ley 171 de 1961, es intrascendente que el trabajador hubiera estado afiliado al Instituto de Seguros Sociales, debiéndose tener en cuenta –la afiliación– solo para los eventos de compartibilidad de la pensión sanción según surge de lo dispuesto en el artículo 17 del Acuerdo 049 de 1990, que resulta aplicable respecto de trabajadores oficiales afiliados a ese Instituto.

“Por lo anterior, frente al tema sometido a consideración, esta Corporación de forma uniforme, pacífica y reiterada ha sostenido que las pensiones de origen legal causadas con posterioridad del 17 de octubre de 1985 son, por regla general, compartibles con la de vejez que otorga el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, a menos que las partes hayan dispuesto lo contrario a través de convención colectiva de trabajo o laudo arbitral.

“De todos modos, debe tenerse en cuenta que por tratarse de una pensión de origen legal, en caso de que la demandada hubiese seguido cotizando al ISS, hoy Colpensiones, para el riesgo de vejez, conforme al artículo 17 del Acuerdo 049 de 1990, aquella sería compartida con la de vejez que llegase a reconocer la entidad de seguridad social.

“[...]

*“Así las cosas, conforme el criterio jurisprudencial citado, es evidente que la naturaleza de la pensión restringida de jubilación aquí otorgada al demandante Héctor Orlando González Perdomo es **compartida** con la que eventualmente le llegue a reconocer el ISS, por virtud del artículo 17 del Acuerdo 049 de 1990 que reza:*

“ARTÍCULO 17. COMPARTIBILIDAD DE LAS PENSIONES SANCIÓN. Los trabajadores que sean despedidos por el patrono sin justa causa y tengan derecho al cumplir la edad requerida por la ley, al pago de la pensión restringida de que



habla el artículo 8° de la Ley 171 de 1961, tendrán derecho a que el patrono cotice para el Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, a partir de la fecha en que cubra dicha pensión y hasta cuando cumplan con los requisitos mínimos exigidos por estos Reglamentos para la pensión de vejez. En este momento, el Instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía cubriendo al pensionado. (subraya la Sala).

*“Sin embargo, debe precisar la Sala que si el Tribunal no se pronunció sobre este punto, fue porque en las pretensiones de la demanda inaugural, ni en la excepciones y fundamentos de la defensa en la contestación de la misma se solicitó dicha declaratoria, **circunstancia que en modo alguno le quita tal naturaleza por cuanto deviene por ministerio legal, y por ello, en caso de que al demandante el ISS hoy Colpensiones le llegare a reconocer una pensión de vejez, la prestación reconocida por la recurrente tendría el carácter de compartida**”.*

Siendo ello así, la sentencia debe ser modificada en tal sentido.

c. Tasa de remplazo:

En este aspecto, se aprecia que conforme a lo dispuesto en el artículo 8° de la referida Ley, la tasa de remplazo aplicable es el 63,70%, toda vez que como se dijo precedentemente, esta Sala encontró que laboró efectivamente un total de 16 años, 11 meses y 26 días, habiendo entonces un total de 6.116 días, como en efecto lo determinó el fallador de primera instancia.

d. Factores salariales para IBL:

En este punto es necesario aclarar que los factores salariales que deben tenerse en cuenta para calcular el salario base de liquidación, corresponden a los contenidos en el artículo 1° de la Ley 62 y Ley 33 de 1985, que son: asignación básica, gastos de representación, primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación, dominicales y feriados, horas extras, bonificación por servicios prestados y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio, tal



como lo determinó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con Radicación 52.399 del 17 de febrero de 2016 y 61.023 del 27 de enero de 2016, precedente que acoge esta Sala.

En ese sentido, nuestro máximo órgano de cierre mediante sentencia SL 2427-2016, que reitera la radicado 52.399 del 17 de febrero de 2016, precisa:

“Por último, no está por demás recordar que el IBL de pensión prevista en el art. 8 de la L. 171/61 no se integra con la totalidad de pagos salariales entregados al trabajador, sino exclusivamente con los salarios promedio que sirvieron de base para los aportes, los cuales se encuentran enlistados en el art. 3 de la L. 33/1985, modificado por el art. 1 de la L. 62/1985, tal y como lo ha asentado esta Corporación en sentencia de la SL CSJ del 10 ago. 2010 rad. 38885, reiterada recientemente en providencia SL 13192-2015.”

Verificada la norma a aplicarse al presente caso, tan solo deben tomarse para efecto del cálculo de la primera mesada pensional, el valor correspondiente al sueldo básico y la prima de antigüedad. En ese orden de ideas, no es dable acoger en su integridad el salario promedio certificado (Fls 19 y 20), en cuantía de \$192.963, ello en tanto incluye conceptos como prima de junio, prima de diciembre, prima escolar, prima de vacaciones y prima riesgo como cajero, los cuales, se reitera, no constituyen factor salarial para liquidar la prestación.

Además, se debe clarificar que, frente a la prima de antigüedad, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, señaló que de ese concepto solo debía tenerse en cuenta una sesentava parte, atendiendo su criterio plasmado en sentencia SL 17066 de 2014, en la que precisó que tal valor no debía tomarse de manera total, sino que debía promediarse por la sesentava parte, en la medida que corresponde a un quinquenio que se paga una vez al año y no es una suma fija mensual.

En ese orden de ideas, en el certificado se evidencia que devengó por asignación básica \$107.289 y por prima de antigüedad \$28.969, cuya sesentava parte es de \$482,81.



Así las cosas, teniendo en cuenta la referida prima de antigüedad y el salario básico, se tiene como salario promedio la suma de \$107.771,81.

e. Valor de la primera mesada:

Con base en los anteriores parámetros, se tiene que el IBL indexado a la fecha en que cumplió 60 años, esto es, al 1º de agosto de 2016 corresponde a \$1.240.316¹, aplicado el porcentaje de 63,70% como monto, determina un valor de **\$790.081**, lo que impele a modificar la sentencia de primer grado en este aspecto.

De otra parte, le asistió razón al *a-quo* al disponer el pago de las mesadas adicionales, en tanto la pensión se causó con anterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005. Sobre el particular, la Sala de Casación Laboral, de la Corte suprema de Justicia, en sentencia SL4537-2020, Radicación No. 75537 del 18 de noviembre de 2020,

“Entonces, como el derecho se consolidó el 15 de noviembre de 1991, fue a partir de ese momento que ingresó al patrimonio de la extrabajadora, junto con las prerrogativas accesorias o inherentes, como la que aquí se discute. Y, contrario a lo que pregona la censura, aún en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, la edad exigida por la fuente de la prestación sigue siendo un requisito de exigibilidad, que no de causación. De esta suerte, la prestación y, en particular, la mesada 14 que lleva aparejada, no se vio afectada por las modificaciones legales y constitucionales que surgieron con posterioridad al nacimiento del derecho.

Asimismo, resulta pertinente confirmar la autorización del descuento de los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

f. Indexación de las condenas:

¹ VA= \$107.771,81*(126,14945 (I.P.C. Final diciembre de 2015)/10,96102 (I.P.C. Inicial diciembre de 1990)).



Esta se torna procedente, como dijo el *a-quo*, en la medida que es claro que ante la existencia del fenómeno inflacionario el valor de las mesadas pensionales que ha debido recibir el demandante desde el momento de su causación, ha sufrido detrimento en su valor real con el transcurso del tiempo, diezmando su patrimonio, razón por la que la doctrina laboral ha establecido el mecanismo de la actualización o indexación, a fin de que el trabajador o pensionado reciba su justo precio al momento de la obligación, teniendo en cuenta para ello la variación del IPC desde el momento de la causación hasta el momento del pago.

Frente al tema de la indexación, la SL CSJ en sentencia SL 11912 de 2017 dijo que:

"[...]se trata de reconocer al beneficiario de una condena la pérdida de poder adquisitivo que experimenta el dinero en una economía inflacionaria como la nuestra, aspecto este último que reviste las características del hecho notorio, de manera que lo que se busca con tal instrumento es que el acreedor de la prestación no reciba tan sólo las especies a que nominalmente tenía derecho en un momento dado (su valor extrínseco), apocadas en su valor intrínseco por el paso del tiempo, sino que cuando las reciba conserven el mismo potencial económico que tenían para la época en la que debieron ser pagadas, esto es, conservado su poder de compra en el mercado (su valor intrínseco), por donde es obvio que con la indexación, en modo alguno, se sanciona al deudor de una determinada obligación de pagar sumas de dinero, porque con ella tan sólo se busca asegurar la el equilibrio económico de las prestaciones en mercados con tendencia inflacionaria."

Por manera que resulta ajustada la decisión de primera instancia frente a este particular.

g. Prescripción:

Debe aclararse que la mesada pensional del mes de agosto de 2016, se encuentra parcialmente afectada por el fenómeno de la prescripción, en la medida que la fecha de exigibilidad de la pensión es el 1º de agosto de 2016, siendo que la reclamación administrativa tuvo lugar el 9 de agosto de 2019 (Fl 29), presentándose la demanda el 21 de octubre de 2019 (Fl 30), siendo notificada la accionada el 30 de enero de 2020



(Fl. 32), por lo que no superó el término del artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., prescribiendo la proporción de la mesada pensional entre el 1º y el 8 de agosto de 2016, lo cual conduce a modificar parcialmente la sentencia en este aspecto.

Como corolario de lo anterior se modificará parcialmente la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia, por cuanto no se causaron.

DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia del 10 de junio de 2020, proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, en el sentido de **CONDENAR** a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP, a reconocer a la demandante DILIA SUSANA VALLEJO DE PONCE, la pensión restringida de jubilación en cuantía inicial de \$790.081, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral cuarto de la parte resolutive, en el sentido de **DECLARAR** que la pensión restringida de jubilación por retiro voluntario es **COMPARTIBLE** con la pensión que le pueda llegar a ser reconocida por parte de Colpensiones o que le haya sido reconocida por el Instituto de Seguros Sociales.



TERCERO: MODIFICAR el numeral quinto de la parte resolutive, en el sentido de declarar parcialmente la excepción de prescripción de la proporción de la mesada pensional causada entre el 1º y el 8 de agosto de 2016.

CUARTO: CONFIRMAR en lo restante la sentencia primigenia.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



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

Ordinario Laboral 1100131050 32 2019 00195 01
Demandante: XIOMARA TERESA BERNAL SAAVEDRA
Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., diez (10) de diciembre de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por *Colpensiones* y *Porvenir S.A*, en contra de la sentencia proferida el 14 de julio del 2020 por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de *Colpensiones*, por cuanto la sentencia fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Xiomara Teresa Bernal Saavedra*, promovió demanda ordinaria en contra de *Colpensiones* y *Porvenir S.A*. a efectos que se declare la nulidad del traslado del Régimen de prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por *Porvenir S.A* desde el 1° de febrero del 2001; solicitó se ordene a *Colpensiones* y a *Porvenir S.A* a definir la afiliación de la demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida; solicita se ordene a *Porvenir S.A* a trasladar los aportes de la cuenta individual de pensión obligatoria a *Colpensiones* y se condene a la demandada al pago de las costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que la demandante nació el 20 de febrero de 1961, afiliándose por primera vez al Régimen de Prima Media con Prestación Definida el 16 de octubre de 1987, en el que cotizó hasta el 1° de febrero del 2001, data en la cual se trasladó a *Porvenir S.A* con base en la información suministrada por el Asesor de la AFP, quien en su oportunidad le ofreció una pensión superior a la que devengaría en el Instituto de Seguros Sociales, aunado a que esta pensión sería



anticipada bajo mejores condiciones a las que reconoce el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin que se hubiere efectuado un estudio que le permitiera tomar una decisión de cambio de régimen.

Precisa que solicitó el traslado de régimen, pero el mismo fue negado por tener menos de 10 años para cumplir la edad y no cumplir las condiciones establecidas en la sentencia SU-062 del 2010, por lo que solicita a la AFP una simulación de la pensión acorde a la cual le indican que el monto de la misma asciende a la suma de un salario mínimo legal mensual vigente.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aduciendo que no le constan las circunstancias de tiempo, modo y lugar, en las cuales se brindó la asesoría del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a la demandante, por manera que debe probarse dentro del proceso el engaño y omisiones que pudo cometerse por parte de la Administradora de Fondo de Pensiones *Porvenir S.A*, máxime cuando era en dicha entidad que recaía la obligación de brindar la información idónea a su potenciales afiliados.

Formuló las excepciones de validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, buena fe de *Colpensiones*, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, compensación, prescripción y la genérica.

Porvenir S.A se opuso a las pretensiones aduciendo que al momento de la afiliación se agotaron todos los requisitos legales que, para la época de la afiliación, le eran exigibles.

Propuso como medios exceptivos los que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 14 de julio de 2020, declaró la ineficacia del traslado de régimen efectuado por la demandante *Xiomara Teresa Bernal Saavedra* a través de la demandada *Porvenir S.A* de fecha 31 de enero del 2001; en consecuencia condenó a *Porvenir S.A* a trasladar con destino a *Colpensiones* la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con sus rendimientos, gastos de administración y el bono pensional si a ello hubiere; ordenó a *Colpensiones* a recibir a la demandante como afiliada al



Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliada al momento del traslado de régimen que se declara ineficaz y condenó en costas a las demandadas.

Para arribar a dicha conclusión, manifestó que atendiendo los precedentes jurisprudenciales emanados por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es deber de las AFP demostrar el deber de información para con sus afiliados al momento del traslado, presupuesto que no se probó y por ello se debe declarar la ineficacia de la afiliación.

De igual manera, que la AFP debe retornar el capital de la cuenta de ahorro individual, así como los respectivos gastos de administración que se hubiesen generado. Finalmente, declaró no probadas las excepciones de mérito.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Porvenir S.A. inconforme con la decisión la apeló, explicando que no comparte lo decidido por el Despacho frente a la declaratoria de ineficacia y la condena en costas; precisa que de lo indicado por la demandante en la demanda y en el interrogatorio de parte no se reúnen los requisitos para que se estime que haya formulado una negación indefinida, por el contrario, no es coherente en su declaración, por lo que le incumbe la carga probatoria de conformidad con el artículo 167 del C.G.P; de otra parte que obra el formulario de afiliación, siendo un documento auténtico que no fue tachado de falso, y acredita el cumplimiento de sus obligaciones.

Frente a la condena de los gastos de administración, de conformidad con las restituciones mutuas de que trata el artículo 1746 del C.C., si no se generan gastos de administración lo mismo debe predicarse de los rendimientos, y por tanto la demandante tendría que restituir los frutos financieros acorde lo explica la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Además, en lo que respecta a la prescripción, indica que frente a los gastos de administración si opera tal figura, pues los montos no hacen parte de la pensión.

Colpensiones manifestó que se acreditó el cumplimiento del deber de información con el interrogatorio de parte, por cuanto sus afirmaciones resultan contradictorias, y por ende, se probó dentro del proceso que la demandante si recibió información por parte de la AFP, la cual era suficiente conforme la normativa vigente para la época, luego no solo esta como prueba el formulario de afiliación, sino que aunado a ello, está el interrogatorio de parte que deja dudas sobre la veracidad de la declaración. Finalmente, que la decisión afecta la sostenibilidad del sistema.



IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

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

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento



de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

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

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

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



predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

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

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que efectuara la actora el 31 de enero de 2001 a *Porvenir S.A* (Fls. 117), el que, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.*



Por otra parte, en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que se le haya suministrado la información, por el contrario, indicó que la asesora le indicó que el Instituto de Seguros Sociales se iba a liquidar y que en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida se podría pensionar de manera anticipada y con una mesada pensional superior, aunado a ello que le serían retornados los aportes sobrantes.

En ese orden de ideas, no acreditó la AFP el cumplimiento del deber de información, lo cual conduce a la ineficacia del traslado. Ahora bien, respecto a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, incluidos los gastos de administración y las primas de la aseguradora, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

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

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

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

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

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que Porvenir S.A., no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a Colpensiones, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.



En cuanto a la vulneración del principio de sostenibilidad financiera, al declarar la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL3464 Radicación 76.284 de fecha 14 de agosto de 2019, señaló:

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

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

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

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

Ahora, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su*



entera satisfacción”, motivo por el cual, la excepción de prescripción resulta impróspera. Argumento que, para la Sala, resulta aplicable a los gastos de administración, como quiera que dicho monto fue descontado de los aportes a seguridad social en pensiones efectuados por el demandante y cuya destinación debió destinarse para sufragar su derecho pensional en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, acorde lo enunciado en precedencia.

Finalmente, en lo que atañe a las costas procesales, debe precisar la Sala que las mismas operan de forma objetiva bajo los parámetros del artículo 365 del C.G.P, debiendo correr a cargo de la parte vencida en juicio y en tal sentir, al resultar desfavorable el fallo de primera instancia a las demandadas, dimana lógico que se imponga a su cargo el pago de las mismas.

Como corolario de lo anterior, se confirmará la decisión de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN:

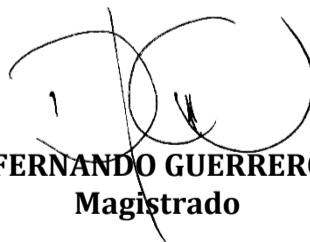
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

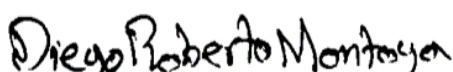
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 14 de julio del 2020 por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.


NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Proceso Ordinario Laboral 1100131050 37 2017 00462 01
Demandante: LUCAS SARMIENTO CASTILLO
Demandado: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES- COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., diez (10) de diciembre de dos mil veinte (2020).

AUTO

Atendiendo a la sustitución del poder allegada por Colpensiones, se le reconoce personería adjetiva para actuar en representación de dicha entidad a la profesional del derecho Laura Elizabeth Gutiérrez Ortiz, identificada con C.C No 31.486.436 y T.P No 303924 del C.S.J.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida el 5 de agosto de 2019 por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá.

I. ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *Lucas Sarmiento Castillo* presentó demanda ordinaria laboral contra *Colpensiones*, en la que solicitó que se declare que es beneficiario del régimen de transición y en virtud del mismo, del Acuerdo 049 de 1990; que acredita más de 1300 semanas, teniendo en cuenta los períodos cotizados por la Institución Fe y Alegría desde el 3 de diciembre de 1979 hasta el 2 de mayo de 1980, Fe y Alegría Hogar Infantil del 31 de enero de 1982 al 30 de septiembre de 1987 y Fundiciones Ola Páez desde el año 1967 hasta el mes de noviembre de 1970; en consecuencia se condene al pago de la pensión de vejez más los intereses moratorios, la indexación y lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:



Como sustento de las pretensiones manifestó que nació el 13 de diciembre de 1948; que el 21 de enero de 2015 solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez mediante radicado 2015-438521; que mediante Resolución GNR 90876 del 25 de marzo de 2015, *Colpensiones* negó el reconocimiento de la pensión por tener cotizadas únicamente 1054 semanas, aplicando la Ley 797 de 2003; que mediante Resolución GNR 323799 del 20 de octubre de 2015 se desató recurso de reposición confirmando la decisión anterior; y mediante Resolución No. VPB 3410 del 25 de enero de 2016 se resolvió el recurso de apelación, confirmado la decisión.

Refiere que es beneficiario del régimen de transición según lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, siéndole aplicable el artículo 12 del Decreto 758 de 1990; que solicitó la corrección de la historia laboral con el empleador Fundiciones Ola Páez desde el año de 1967 hasta el mes de noviembre de 1970, con el empleador Gerardo Rodríguez Ávila desde el 1º de febrero de 1980 hasta el mes de septiembre del año 1980, como trabajador independiente durante los meses de julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre del año 2002, los meses de enero, febrero, marzo, abril, mayo y junio del año 2003, el mes de julio de 2005, los meses de enero, febrero, marzo y abril de 2006, enero marzo, abril, junio, julio, y septiembre de 2007, y agosto del 2010.

Que en la historia laboral aparecen unos periodos laborados en la Institución Fe y Alegría del periodo 3 de diciembre de 1979 hasta el 2 de mayo de 1980 y Fe y Alegría Hogar Infantil del periodo 31 de enero de 1982 hasta el 30 de septiembre de 1987, periodos que no se reportaron en la nueva historia laboral, con los cuales cumpliría las semanas requeridas para acceder a la pensión; finalmente, que con la corrección de las semanas cumple con 750 semanas cotizadas al 1º de abril de 1994, conservando el régimen de transición.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones operó la *litis contestatio* oponiéndose a las pretensiones incoadas en su contra, aduciendo que no era procedente el reconocimiento de la pensión de vejez en consideración a que el demandante no cumplía con los requisitos exigidos en el Acto Legislativo 1 de 2005 para dar aplicación al régimen de transición.

Propuso y sustentó como excepciones de mérito, las que denominó falta de legitimación en la causa respecto en la parte pasiva, prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, no configuración del derecho al pago del I.P.C., ni de



indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, cobro de lo no debido, buena fe y la innominada o genérica.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 5 de agosto de 2019, absolvió a *Colpensiones* de todas y cada una de las pretensiones invocadas en la demanda.

Como fundamento de su decisión refirió que las administradoras deben cumplir las obligaciones legales, entre ellas, la de cobrar a los empleadores las cotizaciones que no hayan sido satisfechas oportunamente, en tanto si bien la obligación radicaba en el empleador, ante el incumplimiento resulta necesario que las administradoras de pensiones adelanten las respectivas acciones de cobro.

Una vez determinado lo anterior, estimó respecto al periodo de 1967 a noviembre de 1970, que no se registra afiliación ni cotizaciones, y de la revisión del expediente administrativo, no se acreditan circunstancias fácticas que dieran lugar a la incorporación de ese periodo; adicionalmente indicó que se debía haber demostrado la existencia de la relación laboral por cualquier medio probatorio.

En cuanto al periodo del 1º de febrero a septiembre de 1980, que solo se había registrado afiliación por parte del empleador desde el 20 de febrero de 1981, es decir, que en el periodo solicitado en el libelo introductorio no se observó afiliación, por lo que se desestimó la pretensión de inclusión de ese periodo temporal en la historia laboral.

Refirió que el demandante había cotizado como trabajador independiente los ciclos correspondientes de julio de 2002 a enero de 2003, los cuales se encontraron soportados con el respectivo pago y con los documentos allegados, sin embargo, en los ciclos comprendidos entre febrero a mayo de 2003 no se evidenció constancia efectiva de la transacción de pago que permitiera evidenciar que efectivamente habían sido cancelados.



Por otra parte, procedió a verificar si el actor era beneficiario del régimen de transición, toda vez el mismo había nacido el 13 de diciembre de 1948, es decir que para el 1º de abril de 1994 contaba con más de 40 años, respecto al Acto Legislativo 01 de 2005 encontró que para el 1º de abril de 1994 contaba con un total de 636.42 semanas cotizadas y teniendo un total de 669.13 semanas cotizadas al 29 de julio de 2005, por lo que no se extendió el régimen de transición con posterioridad al 31 de julio de 2010; además que acreditó 886.71 semanas para esa data, es decir, que no cumplía con los requisitos exigidos para acceder al beneficio pensional, pues debía acreditar 1000 semanas cotizadas en cualquier tiempo, y dentro de los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad registró solo 167.1.

Finalmente, evidenció que no cumplió con los requisitos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 dado que cotizó un total de 1058.14 semanas y se exigía como mínimo 1300 semanas cotizadas.

III.- RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la anterior decisión, el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación, afirmando que, a contrario de lo referido por el *a-quo*, si es beneficiario del régimen de transición por la edad y las semanas cotizadas, siendo preciso manifestar que *Colpensiones* presenta inconsistencias con la base de datos, por lo que con su número de tarjeta de identidad debe reflejar semanas diferentes con Fundiciones Orea Páez en el período comprendido entre 1967 y 1970.

Por otra parte, solicitó se oficiara nuevamente el número de afiliación, que para la época era 01907068, teniendo en cuenta que con dichas semanas accedería al régimen de transición.

Finalmente, que se debían computar con el señor *Gerardo Rodríguez Ávila* los periodos del 1º de febrero de 1980 al 8 de febrero de 1980, los periodos cotizados como independiente y con el régimen prosperar, los cuales tampoco estaban reflejados en la historia laboral.

Por lo anterior solicitó revocar la sentencia de primera instancia y ordenar a *Colpensiones* el reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir de la última cotización de conformidad con el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, más los intereses de mora de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.



IV.- CONSIDERACIONES:

4.1 TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

4.2 PROBLEMA JURÍDICO:

Sin que se advierta causal de nulidad que invalide lo actuado, encontrándose reunidos los presupuestos procesales y habiéndose agotado la reclamación administrativa, la Sala verificará si el demandante es beneficiario del régimen de transición, lo anterior con ocasión de la imputación de las semanas en mora reprochadas; en caso afirmativo, si cumple los presupuestos del Acuerdo 049 de 1990 para que se le conceda la pensión de vejez.

4.3 DEL CASO EN CONCRETO:

Se pretende por activa el reconocimiento y pago de la pensión de vejez de conformidad con lo regulado en el Acuerdo 049 de 1990, aduciendo para el efecto que es beneficiario del régimen de transición y cumple con las semanas exigidas, frente al incumplimiento del deber de cobro que le asistía a *Colpensiones* por los periodos insolutos por diversos empleadores, así como por las inconsistencias presentadas en la historia laboral.

Ahora bien, conforme con la copia de la cédula de ciudadanía (Fl. 18), se tiene que el actor para el 1º de abril de 1994 tenía 45 años de edad, por lo que en principio es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y por tanto, sujeto del Acuerdo 049 de 1990. No obstante, dicho régimen no podía extenderse más allá del 31 de julio de 2010, en virtud de lo consagrado en el párrafo transitorio 4º del Acto Legislativo 01 de 2005, excepto para quienes estando en dicho régimen, hubiesen cotizado al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia de dicho Acto Legislativo, en cuyo caso se extiende hasta el año 2014.

A su turno, el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, prevé la pensión de vejez, para el caso de los hombres, cuando cumplan 60 años de edad y acrediten 500 semanas



cotizadas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima o 1000 en cualquier tiempo.

Una vez determinado lo anterior, aduce el accionante que acreditaría el cumplimiento de las semanas exigidas, de imputarse las semanas reprochadas en el libelo demandatorio. Al respecto, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en varios pronunciamientos, ha señalado que las administradoras de pensiones deben cumplir puntualmente con sus obligaciones legales, dentro de las cuales está la de cobrar a los empleadores aquellas cotizaciones que no han sido satisfechas, pues aunque en principio dicha obligación es del empleador, antes de trasladar las consecuencias del incumplimiento de ese deber al afiliado o a sus beneficiarios, se debe examinar previamente, si las administradoras de pensiones han cumplido el deber que a ellas les concierne en cuanto a llevar a cabo las acciones de cobro, pues si no lo hacen, corren con la obligación de asumir las consecuencias de la omisión en el pago de los aportes.

Posición que fue reiterada en reciente sentencia SL984-2019. Rad. No. 72468 del 13 de marzo de 2019, en la que indicó:

“Así entonces, tal y como acertadamente lo sostuvo el Tribunal, se impone a las administradoras de pensiones la ineludible obligación de iniciar las acciones de cobro pertinentes, cuando el empleador se sustraiga de su cancelación o de su pago oportuno. Para el cumplimiento de esa gestión, el sistema de seguridad social les otorgó a dichos entes herramientas jurídicas suficientes para desplegar control, requerir a los morosos e iniciar acciones de cobro, además de contemplar en su favor, intereses o multas.

“Es por lo anterior que esta Sala de la Corte ha reiterado que al concurrir las obligaciones antedichas en empleadores (pago de aportes) y administradoras (cobro de aportes en mora), su incumplimiento no puede afectar al afiliado quien cumplió con su trabajo y el aporte al sistema de pensiones previamente descontado del pago mensual de su salario [...]”.

En esa medida, para poder imputar un número determinado de semanas por haber incurrido el empleador en mora, debe partirse de un supuesto fáctico que indique sin dubitación alguna, al menos los interregnos en mora y que estos estén comprendidos dentro de la relación laboral alegada. De igual manera, para que se active la obligación de la administradora pensional de cobrar los periodos en mora, debe existir afiliación por parte del empleador, pues de no ser así, este debe realizar el pago de un cálculo actuarial para subrogar su obligación en cabeza de *Colpensiones*.



Al respecto, ha señalado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 4103-2017:

“[...] sin convalidación de tiempos ni subrogación del riesgo, ante la comprobada falta de afiliación [...] al Instituto de Seguros Sociales, la sociedad demandada debe asumir el pago de la pensión de sobrevivientes, como se ha definido en sentencias como las CSJ SL, 9 sep. 2009, rad. 35211; CSJ SL, 6 dic. 2011, rad. 40575; y CSJ SL, 30 abr. 2013, rad. 38587.

*“Ahora bien, la Corte considera preciso advertir que es cierto que, en la evolución de su jurisprudencia, ha concluido que «...**ante hipótesis de omisión en la afiliación del trabajador al sistema de pensiones, es deber de las entidades de seguridad social tener en cuenta el tiempo servido, como tiempo efectivamente cotizado, y obligación del empleador pagar un cálculo actuarial, por los tiempos omitidos, a satisfacción de la respectiva entidad de seguridad social.**» (CSJ SLSL9856-2014, CSJ SL16715-2014, CSJSL17300-2014, CSJ SL2731 de 2015, CSJ SL14388-2015). Es decir que, en principio, bajo los nuevos criterios de la jurisprudencia, la comprobada falta de afiliación de la trabajadora daría lugar a la emisión de un cálculo actuarial por parte del empleador y no a que se le imponga el pago de las prestaciones derivadas del sistema general de pensiones.*

Ahora, ha de resaltarse que es la vinculación laboral el hecho que causa el pago de la cotización y su consiguiente cobro cuando el empleador ha incurrido en mora, de lo que se desprende que, para aplicar la referida consecuencia, al menos debe estar demostrado el nexo laboral que origina el pago de la cotización, como se dijo con anterioridad.

Esta tesis ha sido expuesta por la Corte Suprema de Justicia, pues entre otras en sentencia SL 1701-2016 en la que rememoró el radicado 32135 del 28 abr. 2009, recalcó:

“Traduce lo expresado que para el ad-quem es totalmente indiferente la inexistencia de vinculación contractual laboral del afiliado al sistema de seguridad social, pues lo verdaderamente relevante, se repite, es la afiliación y el cubrimiento de los aportes.

“Expuesto con otro giro: el hecho de que (...) no hubiese estado atado por contrato de trabajo con la patronal que lo afilió al sistema de seguridad social no es razón valedera para negar la pensión de sobrevivientes a su cónyuge supérstite, como que la afiliación y la satisfacción de las cotizaciones le permiten a ésta acceder a tal beneficio.

“En suma, el Tribunal dio plena validez a las cotizaciones efectuadas por (...), en su calidad de empleado de la sociedad (...), así no hubiese existido en realidad esa relación contractual de linaje laboral, en tanto que, conforme a su criterio, lo que importa es la afiliación y el pago de los aportes, ya que la afiliación del trabajador subordinado como la del independiente le permite a ambos acceder a la cobertura del sistema de seguridad social.



“Así no lo hubiera proclamado abiertamente, para el juez de la alzada la circunstancia de que el causante no hubiese sido en verdad trabajador subordinado no priva de eficacia jurídica su afiliación y las cotizaciones pagadas, desde luego que habría que tenerlas como correspondientes a un trabajador independiente, y, en consecuencia, con vocación legal para originar los beneficios de la seguridad social.

“Esta posición jurídica no es compartida por la Corte, desde luego que olvida que en Colombia el sistema general de pensiones es eminentemente contributivo, cuya fuente de financiación lo constituyen las cotizaciones a cargo de los sujetos obligados a su sostenimiento.

“Pero es absolutamente claro que las obligaciones de tales sujetos deben ceñirse a los postulados de la buena fe, de suerte que se correspondan con la condición que, real y verdaderamente, tengan dentro de la trama estructural y coherente del sistema.

“Ello significa que la afiliación debe ser consonante con la realidad, de modo que no puede quedar librada al talante de las personas escoger la calidad en que se vinculan, para a partir de esa elección sufragar sus cotizaciones.”

Así las cosas, revisados los periodos comprendidos entre el año 1967 hasta noviembre de 1970, donde se indicó que el empleador era *Fundiciones Olea Páez*, se tiene que no se aportó prueba alguna que acreditara la relación laboral alegada; adicionalmente el apoderado de la parte demandante en recurso de apelación solicitó que se verificara el número de afiliación de demandante que para la época era 01061848, dado que con esas semanas el mismo al ser beneficiario del régimen de transición se pensionaría con 1000 semanas cotizadas, no obstante como se manifestó anteriormente, no existe dentro del plenario contrato de trabajo que acredite dicha relación laboral entre la fundación y el demandante.

De igual manera, frente a la prueba decretada de oficio, la Registraduría Nacional del Estado civil, certificó con destino a proceso que el actor se identifica con la cédula de ciudadanía número 19.061.848, y que no le fue expedida tarjeta de identidad dada su fecha de nacimiento y las normas que regían para esa época, por lo cual a efectos de tramitar la cédula de ciudadanía presentó en su oportunidad como documento base la tarjeta postal No. 715.385 (Fl. 158), frente a la cual, tal como certificara *Colpensiones*, no se porta cotización alguna (Fls. 203 a 205).

De tal manera, que no es dable imputar semanas entre 1967 y noviembre de 1970, al no acreditarse la existencia del contrato de trabajo ni que con otro documento de identidad reportara semanas adicionales.



Ahora bien, del 1º de febrero de 1980 a septiembre de 1980, se indicó que el demandante trabajó con el señor *Rodríguez Ávila Gerardo*, sin embargo, tampoco se acreditó la existencia de la relación laboral dado que dentro del plenario no obra prueba que dé cuenta de dicha situación.

De igual manera adujo que cotizó como trabajador independiente los meses de julio a diciembre del año 2002 y de enero a junio del año 2003, de los cuales se encuentran efectivamente contabilizados los correspondientes al año 2002 y enero de 2003, no obstante, los restantes períodos del año 2003, no se encuentran soportados, máxime que los recibos de pago de los meses de febrero a junio del año 2003 no fueron reconocidos por *Colpensiones* ni se encuentra sello de recibo del entonces *Instituto de Seguros Sociales*.

De otra parte, se tiene que si fueron incluidos los meses de julio de 2005, febrero y marzo de 2006, enero, marzo, abril, junio y septiembre de 2007; y respecto de los meses de enero y abril de 2006, julio de 2007 y agosto del 2010, no se aportó recibo de pago a *Colpensiones* ni se encuentran relacionados en la historia laboral.

Finalmente, se tiene que en el recurso de apelación el apoderado de la parte demandante mencionó la supuesta existencia de periodos cotizados con el *Consortio Prosperar*, frente a lo cual se tiene que en el expediente no obra prueba de las cotizaciones realizadas, por lo tanto, las mismas no quedaron acreditadas.

Conforme a lo anterior, se tiene que no es posible sumar semanas diferentes de las contenidas en la historia laboral aportada al plenario, debido a que no quedó acreditado el vínculo laboral con *Fundiciones Olea Páez*, con el señor *Rodríguez Ávila Gerardo*, ni se aportó fehaciente de los periodos que aduce cotizó como independiente, por lo que se corrobora que si bien es beneficiario del régimen de transición, no cumplió con los requisitos del Acto Legislativo 01 de 2005 para extender el régimen hasta el año 2014, dado que no tenía 750 semanas cotizadas al momento de entrada en vigencia de dicho Acto Legislativo.

En ese orden de ideas, para la fecha de expiración del régimen de transición (31 de julio de 2010), no acreditó 1000 semanas cotizadas en cualquier tiempo o las 500 semanas cotizadas en los últimos 20 años antes del cumplimiento de la edad, en tanto tenía 886.71 semanas para esa data, y dentro de los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad registró solo 167.1.



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

Como corolario de lo anterior se concluye que el accionante no acreditó el cumplimiento de los requisitos para acceder a la prestación económica, motivo que impele a confirmar la decisión de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia.

DECISIÓN:

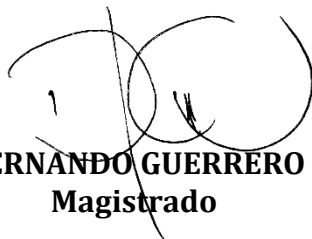
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 5 de agosto de 2019, por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, dentro de la acción promovida *Lucas Sarmiento Castillo* en contra de la *Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones*, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

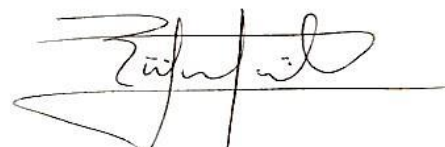
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Ordinario Laboral 11001310 50 17 201800696 01
Demandante: ELIZABETH SEGURA ROA
Demandado: UNIVERSIDAD DISTRITAL FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., diez (10) de diciembre de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA:

Procede la sala a estudiar el recurso de apelación elevado por la parte demandada, contra la sentencia proferida el 11 de agosto del 2020 por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES:

1. DE LA DEMANDA:

La señora *Elizabeth Segura Roa* instauró demanda ordinaria laboral en contra de la *Universidad Distrital Francisco José de Caldas* para que se ordene el reconocimiento y pago del derecho a la mesada semestral para los pensionados, consagrada en el artículo 15 de la Convención Colectiva de Trabajo del año 1990-1991, a partir del 16 de enero de 2007, fecha en la que adquirió el estatus de pensionada y hacia futuro; se le solucionen los valores por concepto de auxilio por mesada semestral; se ordene que las mesadas se cancelen debidamente indexadas, lo que resulte probado *ultra y extra petita*, las costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como sustento de sus pretensiones, indicó que laboró para la *Universidad Distrital "Francisco José de Caldas"* del 8 de agosto de 1986 al 1° de febrero de 2007, ostentando la calidad de trabajadora oficial.



Indica que se pensionó mediante Resolución No 004 del 16 de enero del 2007, con un salario mínimo convencional. Destaca que la *Universidad Distrital “Francisco José de Caldas y SINTRAUD* otorgaron a los pensionados un auxilio semestral convencional denominado “*MESADA SEMESTRAL PARA PENSIONADOS*”, el cual se encuentra consagrado en el artículo 15 de la Convención Colectiva de Trabajo, precisando que el mismo le fue concedido en el mes de junio del 2014 y no desde el momento en que adquirió el estatus de pensionada, por lo que únicamente le fueron cancelados los meses de junio para las anualidades de 2014 y 2015.

Refiere que la Universidad y la Asociación de Pensionados como Trabajadores Oficiales ASOTOP-UD, celebraron un acuerdo el 22 de febrero del 2014, acordando el reconocimiento y pago durante los años sucesivos del Auxilio Convencional Semestral, precisando que nunca ha estado afiliada a la organización antes referida, ni ha consentido en la aplicación del convenio suscrito con la entidad; finalmente, que agotó la reclamación administrativa.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La *Universidad Distrital Francisco José de Caldas* se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda, aduciendo que el régimen constitucional y legal que regula las pensiones de jubilación no pueden modificarse con ocasión de Convenciones Colectivas de Trabajo, de conformidad con lo establecido en el Acto Legislativo 01 del 2005, y por ello, las normas que regulan pensiones de jubilación convencionales tienen un alcance limitado desde la entrada en vigencia de dicho Acto Legislativo, es decir desde el 27 de julio del 2015.

Propuso como medios exceptivos los que denominó la genérica y prescripción.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia surtida el 11 de agosto del 2020 declaró probada parcialmente la excepción de prescripción propuesta por la demandada, con relación a las mesadas semestrales extralegales causadas hasta el año 2016; declaró que a la demandante le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la mesada semestral establecida en el artículo 15 de la Convención Colectiva de Trabajo, vigente para los años 1990-1991; condenó a la



demandada a pagar a partir del año 2015 y en adelante, una mesada semestral equivalente a 1,2 salarios mínimos convencionales y condenó en costas a la demandada.

Como sustento de su decisión, indicó que son hechos debidamente demostrados, la calidad de pensionada que ostenta la demandante, encontrándose acreditado que a través de la Resolución No. 04 del 16 de enero de 2007, le fue reconocida una pensión de jubilación a partir del 1º de febrero de 2007 en cuantía de \$4'746375, conforme se corrobora con las documentales que obran a folios 25 a 31; se corrobora además que, a través de la Resolución del 5 de marzo de 2007, fue reajustado el valor de la cuantía inicial de la pensión a la suma de \$4'841086.

Ahora, el sustento normativo que invoca la demandante como apoyo de su pretensión es la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre la institución universitaria demandada y el *Sindicato de Trabajadores de la Universidad Distrital SINTRAUD*, vigente para los años 1990 a 1991.

Refiere que en el plenario se acreditó que si bien en principio le fue ordenado el pago de la mesada convencional, posteriormente le fue revocado tal beneficio, y no percibe otro que implique incompatibilidad alguna frente a la prestación reclamada; de otra parte, que si bien el Acto Legislativo 01 de 2005 restringe a 13 mesadas pensionales, no debe soslayarse que el derecho pensional de la accionante se consolidó antes de la entrada en vigencia de dicha normativa. Es decir, que para la fecha de cumplimiento de requisitos para acceder a la pensión de jubilación convencional la demandante ya ostentaba el derecho a recibir la prima pensional extralegal para pensionados, establecida en el artículo 15 de la Convención Colectiva de Trabajo.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión del *a-quo* la parte demandada presenta recurso de apelación en el que en suma indica que no es factible acceder al reconocimiento de la mesada semestral para los pensionados consagrada en el artículo 15 de la Convención Colectiva de Trabajo del año 1990-1991, toda vez que los pensionados del orden nacional beneficiarios de reajustes ordenados por el Decreto 2108 de 1992, perciben la mesada adicional a partir del mes de junio de



1996, y cuando alguna entidad territorial la viniera cancelando con anterioridad, se entiende cumplida tal obligación; en ese sentido, la mesada señalada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, para los pensionados que reunieron el estatus antes de la vigencia del Acto Legislativo 01 del 2005, excluye la mesada pensional que fue instituida en el artículo 15 de la Convención Colectiva de Trabajo, en razón a que un proceder contrario, se constituiría en un doble reconocimiento con cargo al erario público, contrariando lo preceptuado por el artículo 128 Superior.

De igual manera, hizo referencia a la sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia del 1º de agosto de 2002, y la sentencia C-529 de 1996 de la Corte Constitucional.

De otra parte, aduce que las normas que regulan las pensiones de jubilación convencionales fueron limitadas en su alcance con la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 del 2005, esto es, desde el 27 de julio de 2005, normativa de rango constitucional e imperativo cumplimiento.

En ese sentido, la *Universidad Distrital Francisco José de Caldas* aplicaba para el personal docente establecido en el régimen del Acuerdo 003 de 1973, el Acuerdo 24 de 1989 y el Decreto 1444 de 1992, y para los empleados públicos administrativos, la Convención Colectiva de Trabajo de los años 1992-1993, la Resolución No. 021 de 1992, y las actas de la misma anualidad; no obstante, al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, afilió a los funcionarios públicos al Instituto de Seguros Sociales, subrogando las obligaciones pensionales, por ende, no es dable acceder a más de 13 mesadas anuales, de conformidad, reitera, de la regulación contenida en el Acto Legislativo 01 de 2005.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema Jurídico:



Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si la demandante tiene derecho al Auxilio de la Mesada Semestral consagrado en el artículo 15 de la Convención Colectiva de Trabajo.

c. De la calidad de Pensionada:

En el *sub-lite* no es objeto de debate que, por los servicios prestados por la promotora en calidad de Trabajadora Oficial de la *Universidad Distrital Francisco José de Caldas*, le fue reconocida la pensión de jubilación vitalicia mediante la Resolución No 004 del 16 de enero del 2007, por cuanto dichos supuestos de facto fueron admitidos por la encartada en su escrito de contestación.

Aunado a ello, reposa en el paginario la Resolución No. 004 del 16 de enero del 2007, en la cual se constata que le es concedida la pensión vitalicia de jubilación a la demandante en cuantía de \$4.746.375, a partir de la aceptación de su renuncia (Fl 30), misma que conforme la Resolución No 012 del 24 de enero del 2007, fue aceptada a partir del 1° de febrero del 2007 (Fl 31), reliquidada mediante la Resolución No. 137 del 24 de febrero de 2010, mediante la cual se autorizó el reconocimiento y pago de los valores no cancelados por concepto de retroactivo del 2.4% adicional al I.P.C (Fl 139).

d. Del Acto Legislativo 01 del 2005:

Ahora bien, mediante el Acto Legislativo 01 del 2005, se contemplaron nuevas reglas en materia pensional y se previó que las reglas convencionales que regulen dicho material se mantendrán únicamente por el término inicialmente estipulado y en todo caso, no se extenderán más allá del 31 de julio del 2010, así:

“Parágrafo 2o. A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán establecerse en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acto jurídico alguno, condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del Sistema General de Pensiones”.

“Parágrafo Transitorio 3o: Las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de vigencia de este Acto Legislativo contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, se mantendrán por el término inicialmente estipulado. En los pactos, convenciones o laudos que se suscriban entre la vigencia de este Acto



Legislativo y el 31 de julio de 2010, no podrán estipularse condiciones pensionales más favorables que las que se encuentren actualmente vigentes. En todo caso perderán vigencia el 31 de julio de 2010.” (Resalta la Sala).

Al respecto, la Corte Constitucional en interpretación del referido Acto Legislativo, determinó que la vigencia de las normas convencionales que regulan pensiones y que estaban vigentes a la fecha del referido Acto Legislativo, solo regían hasta el 31 de julio de 2010. Así, en la sentencia SU-555 de 2014, con respecto a las pensiones convencionales explicó:

“[...] la primera frase del párrafo transitorio 3° cuando aludió a que “las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de vigencia de este Acto Legislativo contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, se mantendrán por el término inicialmente estipulado”, protegía tanto los derechos adquiridos como las expectativas legítimas de acceso a la pensión de jubilación contenida en los pactos o convenciones colectivas existentes antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo”, y precisó que “seguirán rigiendo hasta el término inicialmente pactado en la respectiva convención o pacto colectivo”.

“[...] la segunda parte de este párrafo transitorio crea una norma de transición para las reglas de carácter pensional contenidas en los pactos o convenciones colectivas que se suscribieran entre el 29 de julio de 2005 hasta el 31 de julio de 2010, señalando que en ellas no podrán consagrarse reglas pensionales que resulten más favorables a las que se encontraban vigentes a esa fecha, resaltando, de manera inequívoca, que las mismas perderán su vigor el 31 de julio de 2010, de manera que, después de esa fecha, sólo regirán las normas contenidas en las leyes del Sistema General de Pensiones.”

También la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia interpretó y aplicó en el sentido antes expuesto el Acto Legislativo 01 de 2005, ratificando que la vigencia de las normas convencionales que estaban vigentes cuando el Acto Legislativo entró en vigor, fenecieron el 31 de julio de 2010, en sentencias tales como la SL 1409 de 2015 en la cual rememoró la sentencia 31000 de enero 31 de 2007, iterado en la sentencia SL 4540 de 2019.

No obstante, el referido criterio fue rectificado por la Corporación de cierre de esta jurisdicción en la sentencia SL-3635 del 16 de septiembre del 2020, oportunidad en la cual indicó:

“Bajo ese contexto, tal como se determinó en la sentencia CSJ SL2543-2020, en principio, no es posible extender los efectos de las cláusulas convencionales de carácter pensional más allá del 31 de julio de 2010. Sin



embargo, asevera la Sala que, cuando Radicación N.º 74271 SCLAJPT-10 V.00 10 una disposición colectiva consagre una vigencia que cubra un periodo superior a esa data, debe respetarse, pues, es claro, de una parte, que si se previó de esa manera desde su inicio, es porque la voluntad de las partes fue la de darle a dichas disposiciones jubilatorias mayor estabilidad en el tiempo y, de otra, al quedar incorporadas en el texto convencional, constituyen derechos adquiridos y garantía a la legítima expectativa de adquirir el derecho pensional de acuerdo a las reglas del pacto o convención colectiva de trabajo que firmaron, mientras continúe vigente, así esa vigencia supere el límite del 31 de julio de 2010.

“Así es, porque los compromisos consagrados en las convenciones colectivas de trabajo constituyen derechos adquiridos, bien porque ya se han causado o bien porque hacen parte de aquellas prerrogativas concretas que, aunque no estén consolidadas, sí han determinado una expectativa válida respecto de la permanencia de sus cláusulas, basadas en el principio de la buena fe que atención al principio de la confianza legítima, significa, en el horizonte, que se alcanzarán los requisitos para su afianzamiento durante el término de su vigencia.

“Ello, porque tal como tantas veces lo ha dicho esta Sala, la convención colectiva de trabajo es una verdadera fuente de derechos y obligaciones por lo menos durante el tiempo en que la misma o algunas de sus cláusulas conserven su vigencia, de modo que su ámbito de protección cubra los derechos consolidados y trasciende a las expectativas que eventualmente se alcancen durante el término pactado.

“Esa y no otra, fue la intención del constituyente secundario al consagrar en los párrafos transitorios 2.º y 3.º del Acto Legislativo 01 de 2005, el respeto por los derechos adquiridos, sujetándolos al término inicialmente pactado por las partes hasta su extinción, incluso más allá del 31 de julio de 2010, el cual incluye las prórrogas automáticas, estas sí con límite hasta esa data, tal como lo dejó sentado la Corte en las sentencias CSJ SL2543-2020, CSJ SL2798-2020 y CSJ SL2986-2020.

“En conclusión, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, rectifica parcialmente su criterio sentado en las sentencias precitadas y, en su lugar, precisa que, en materia pensional consagrada en convenciones colectivas de trabajo, laudos o pactos, a la luz del Acto Legislativo 01 de 2005 las pautas que regulan el asunto, son las siguientes:

a) En los eventos en que las reglas pensionales de carácter convencional suscritas antes de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005 y al 29 de julio del mismo año se encontraban en curso, mantendrá su eficacia por el término inicialmente pactado, aún con posterioridad al 31 de julio de 2010, hasta cuando se llegue al plazo acordado.

b) Si al 29 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del acto legislativo en mención, respecto del convenio colectivo estaba operando la prórroga automática consagrada en el artículo 478 del Código Sustantivo de Trabajo y las partes no presentaron la denuncia en los términos del artículo 479 ibidem, las prerrogativas pensionales se extendieron solo hasta el 31 de julio de 2010.



c) Si la convención colectiva de trabajo se denunció y se trabó el conflicto colectivo, los acuerdos pensionales, por ministerio de la ley se mantuvieron según las reglas legales de la prórroga automática, hasta el 31 de julio de 2010 y, en tal caso, ni las partes ni los árbitros podían establecer condiciones más favorables a las previstas en el sistema general de pensiones entre la fecha en la que entró en vigencia el Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010.

e. Del Auxilio Semestral Convencional

La promotora pretende acceder al beneficio convencional previsto en el artículo 15 de la Convención Colectiva de Trabajo, suscrita entre la *Universidad Distrital Francisco José de Caldas* y *SINTRAUD* el 7 de junio de 1989 (Fl 71), cuyo texto convencional establece:

“Mesada semestral para pensionados: en artículo 15 de la convención colectiva del trabajo de 1989 queda así: los pensionados por la universidad, o las personas a quienes de acuerdo con la ley se tramite y pague el derecho de pensión y hayan laborado 15 o más años en la universidad, recibirán a título de auxilio una mesada semestral equivalente a 1.2 salarios mínimos convencionales vigentes, asimismo, a quienes hayan laborado menos de 15 años en la universidad, recibirán, a título de auxilio, una mesada semestral equivalente al 80% del salario mínimo convencional vigente, mesadas que serán canceladas en la primera quincena del mes de junio de cada año”

Ahora, en lo que respecta a la vigencia de la precitada norma convencional se tiene que el artículo 20 de la precitada norma, establece:

“La presente Convención Colectiva de Trabajo tendrá una duración de Veinticuatro (24) meses contados a partir del 1° de enero de 1990 y hasta el 31 de diciembre de 1991 y su cobertura será para todos los trabajadores y empleados de la Universidad con excepción del personal docente”

Precisando que, como quiera que no existe constancia de su denuncia, se tiene por sentado que conforme las reglas previstas en el artículo 478 del C.S.T, la misma se debió continuar prorrogando de forma automática cada 6 meses.

Bajo esta exégesis, se tiene que para la data en que la demandante causo el derecho al reconocimiento y pago de su pensión de jubilación vitalicia, esto es el 1° de febrero del 2007, calenda en la cual fue aceptada su renuncia, la precitada norma convencional se encontraba vigente.



Siendo dable aclarar, que dicha disposición convencional para la referida data de causación pensional no podía haber perdido su vigencia por mandato del Acto Legislativo 01 del 2005, por cuanto las normas convencionales en rigor se mantuvieron por lo menos hasta el 31 de julio del 2010 o hasta tanto se hubiere previsto su vigencia.

Implica lo aludido que el derecho al reconocimiento y pago del Auxilio Semestral Convencional alegado quedó causado con antelación a la pérdida de vigencia de la referida norma, a la luz de lo reglado en el Acto Legislativo 01 del 2005, reiterando que en el reciente pronunciamiento del máximo órgano de cierre, consignó que *“b) Si al 29 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del acto legislativo en mención, respecto del convenio colectivo estaba operando la prórroga automática consagrada en el artículo 478 del Código Sustantivo de Trabajo y las partes no presentaron la denuncia en los términos del artículo 479 ibidem, las prerrogativas pensionales se extendieron solo hasta el 31 de julio de 2010”*, siendo que el beneficio pensional se consolidó el 1º de febrero de 2007.

En tal sentir, se trataba de un derecho adquirido y plenamente consolidado, que en manera alguna debía desconocido por la *Universidad Distrital Francisco José de Caldas*, con arreglo a lo dispuesto en el pluricitado Acto Legislativo, y por tanto, las reglas jurisprudenciales citadas en la alzada no resulta aplicables al *sub-lite*.

En otro giro, en lo que refiere a la prohibición constitucional concebida en el artículo 128 Superior, acorde al cual está vedado para una persona recibir más de una asignación proveniente del erario público, basta indicar que dentro del plenario la encartada no allegó prueba de ninguna índole que permita corroborar que la demandante percibía otra asignación de naturaleza pública, concomitante con el derecho pensional alegado; por el contrario, se corrobora que la pensión de jubilación convencional, sobre la cual se pretende el importe del Auxilio Semestral petitionado, tan solo fue disfrutada por la promotora hasta que fuere aceptada su renuncia de la Institución de Educación Superior, hoy demandada.

Aunado a ello tampoco milita en el plenario prueba de ninguna índole que nos permita verificar que la demandante viene percibiendo una mesada adicional, si quiera similar al Auxilio Semestral que hoy se disputa.



Finalmente, frente a los argumentos presentados en la alzada con relación a la compatibilidad de dicha prestación con la pensión que en su momento conceda Colpensiones y la subrogación de la mentada obligación, basta indicar que dentro del proceso no existe prueba alguna de que la demandante disfrute a la fecha de alguna pensión de vejez por parte de dicha entidad.

Argumentos suficientes, para despachar de forma desfavorable los argumentos traídos a colación en la alzada, con el ánimo de derruir la decisión adoptada por el fallador de primera instancia, lo que nos conmina a confirmar de forma integral la providencia apelada. **SIN COSTAS** en esta instancia, por cuanto no se causaron.

DECISIÓN:

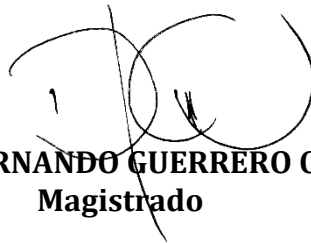
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 11 de agosto del 2020, por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



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

Ordinario Laboral 1100131050 19 2019 00434 01
Demandante: ROSA EMILIA SUÁREZ
Demandado: COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., diez (10) de diciembre de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por *Colpensiones*, en contra de la sentencia proferida el 5 de agosto de 2020 por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de *Colpensiones*, por cuanto la sentencia fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Rosa Emilia Suárez*, promovió demanda Ordinaria en contra de *Colpensiones*, con la finalidad que se declare que le asiste el derecho a la pensión de vejez a partir del 1º de octubre de 2012.

Por consiguiente, se condene a la encartada al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, junto con las mesadas ordinarias y adicionales desde el 1º de octubre de 2012, el pago de intereses moratorios, reintegro de las sumas descontadas por aportes a salud conforme se dispuso en la Resolución SUB 19611 del 23 de julio de 2018 por valor de \$4.788.900, e indexación.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, expuso que nació el 14 de julio de 1957, cumpliendo 55 años de edad el mismo día y mes del año 2012, cotizando para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, desde el 7 de marzo de 1977 hasta el 30 de septiembre de 2012, un total de 1412 semanas.



Que el 12 de septiembre de 2012 solicitó al entonces Instituto de Seguros Sociales el reconocimiento de la pensión de vejez, petición que fue reiterada el 15 de enero y el 5 de septiembre de 2013, y que fuese negada por *Colpensiones* a través de la Resolución No. 20126800398094 bajo el argumento que no reunía el requisito de semanas conforme lo dispuesto en la Ley 797 de 2003.

En virtud de lo anterior, interpuso recurso de apelación, el cual se resolvió mediante Resolución VPB 54 del 7 de enero de 2014, donde se confirmó la negativa del reconocimiento pensional, sumado a que, hasta el mes de abril de 2018, en su historia labora no figuraba la totalidad de sus aportes.

Que laboró con la empresa SM Administradores Ltda., empleador que omitió efectuar aportes desde el 1º de noviembre de 1989 hasta el 31 de diciembre de 1994, por lo que solicitó a la entidad a realizar el respectivo cobro conforme a la facultad otorgada en la Ley 100 de 1993, y posteriormente pretendió pagar de su peculio dichos aportes, pero luego de varios procesos incluida una acción de tutela, *Colpensiones* en el mes de mayo de 2018 actualizó su historia laboral.

Por tal motivo, el 30 de junio de 2018 solicitó nuevamente su derecho pensional, el cual le fue reconocido a través de la Resolución SUB 194611 del 23 de julio de 2018 en cuantía inicial de \$981.935, efectiva el 30 de junio de 2018, donde además se ordenó descontar un retroactivo de \$4.788.900 por aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Por último, refirió que, frente al referido acto administrativo, interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación, bajo el entendido que su derecho pensional debió reconocerse desde el año 2012 cuando adquirió su estatus, y que por error en las inconsistencias de su historia laboral no es procedente que se haya reconocido a partir del año 2018, situación que le fue negada.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas en su contra, manifestando que la prestación le fue reconocida a la demandante en legal forma bajo los preceptos de la Ley 797 de 2003, sin que sea procedente el pago de intereses moratorios ya que se ha actuado en estricto cumplimiento del orden legal, de ahí que no adeuda suma alguna.

Frente a los descuentos en salud, refirió que de conformidad con lo establecido en el artículo 2 del Decreto 2400 de 2002, que modificó el artículo 10 del Decreto 1703 del mismo año, la finalización de la relación laboral del afilado tiene como consecuencia su



desafiliación como trabajador dependiente en la medida que se reporta la respectiva novedad, en ese caso su servicio de salud en tanto se percibe la pensión, puede ser cubierto a través de una afiliación como beneficiario de otro cotizante o aportando como trabajador independiente, por lo que es improcedente acceder a la solicitud de reconocimiento de devolución de descuentos en salud toda vez que los mismos hacen del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Propuso las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe de *Colpensiones*, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, e innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 5 de agosto de 2020, condenó a *Colpensiones* a pagar debidamente indexado a la actora la suma de \$4.788.900, por concepto de descuentos en salud realizados en la Resolución SUB 194611 del 23 de julio de 2018, absolviendo a la encartada de las demás pretensiones formuladas y declarando probada de manera parcial la excepción de prescripción.

Para arribar a dicha conclusión, en primer lugar manifestó que no hubo controversia en lo referente a que *Colpensiones* mediante Resolución SUB 194611 del 23 de julio de 2018 le reconoció una pensión de vejez a la actora a partir de 30 de junio de 2015 en cuantía inicial de \$981.935, de conformidad con lo establecido en la Ley 797 de 2003, valor que al no haber sido motivo de inconformidad junto con la fecha de reconocimiento, no había lugar a efectuar pronunciamiento alguno frente a los mismos.

Frente a las mesadas causadas desde el 14 de julio de 2012, fecha en que cumplió la edad pensional, y hasta el 30 de junio de 2015, atinente a la inconformidad de que la encartada no efectuó las gestiones correspondientes a efectos de realizar el cobro coactivo de los periodos adeudados por su empleador SM Administradores Ltda. resolvió que se encontró acreditado que a la fecha de la primer solicitud elevada por la demandante solicitando su prestación, que lo fue el 12 de septiembre de 2012, contaba con la totalidad de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, por cuanto de la historia laboral se corroboró que los periodos dejados de cancelar por dicho empleador en efecto se registraban como adeudados, máxime si se tiene en cuenta que atendiendo los postulados emanados por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, *Colpensiones* no podía endilgarle esa responsabilidad a la demandante.



No obstante, al haberse formulado por la demandada la excepción de prescripción, dicha figura operó respecto de las mesadas pensionales perseguidas como retroactivo, como quiera que luego de la reclamación administrativa que presentara la actora el 12 de septiembre de 2012, la cual quedó en firme el 1º de enero de 2014 cuando *Colpensiones* notificó el acto administrativo que dejara en firme su negativa pensional, y por haberse presentado la demanda el 19 de junio de 2019, las mesadas con anterioridad al 19 de junio de 2016 quedaron prescritas, de ahí que absolviera a la demandada por este concepto.

En lo que concierne a la devolución de los descuentos en salud, decidió que era procedente por cuanto la actora acreditó el pago de los mismos y que fuesen pagados a la EPS Famisanar por el periodo comprendido entre el 4 de junio de 2012 y el 31 de julio de 2018, por lo que con el descuento de la entidad lo que se realizó fue un doble pago, condena que ordenó con su respectiva indexación.

Por último, negó el pago de los intereses moratorios regulados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, por cuanto *Colpensiones* no adeuda mesada alguna a la actora.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Colpensiones inconforme con la decisión la apeló. Mencionó que con relación a los descuentos en salud, los mismos no se deben realizar por cuanto el servicio no fue prestado; de igual manera, que de acuerdo a la Ley 100 de 1993, numeral 1º del artículo 157, los afiliados al sistema mediante el régimen contributivo son las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes, con capacidad de pago, las cuales deberán afiliarse al sistema mediante las normas de régimen contributivo, situación que se acompaña con el Decreto 806 de 1998 y en tal sentido, estos aportes hacen parte del Sistema General de Seguridad Social en Salud, de ahí que se tenga el mandato legal de descontarlos. Igualmente, mencionó que deberá absolverse al pago de costas procesales.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.



b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si es procedente a favor de la parte demandante la devolución de los aportes en salud descontados por *Colpensiones* mediante Resolución SUB 194611 del 23 de julio de 2018.

c. Del caso en concreto:

Sea lo primero indicar, que la demandante elevó reclamación administrativa el 12 de septiembre de 2012 solicitando su pensión de vejez, petición que reiteró con escritos adiados del 15 de enero y el 5 de septiembre de 2013 (Fls. 14, 15 y 16), por lo que *Colpensiones* mediante Resolución No. 20126800398094 y notificada al actor el 8 de octubre de 2013, negó el derecho pensional (Fls. 17 a 19).

En virtud de ello, la demandante el 18 de octubre de 2013 interpuso recurso de apelación, que fue negado por la entidad en Resolución VPB 54 del 7 de enero de 2014 y notificada el 30 de enero de 2014 (Fls. 20 a 26 y 30 a 33).

Por otra parte, no fue objeto de reproche que *Colpensiones* le reconoció a la demandante mediante Resolución SUB 194611 del 23 de julio de 2018, pensión de vejez en los términos de la Ley 797 de 2003, a partir del 30 de junio de 2015 y en cuantía inicial de \$981.935, en el que además se ordenó el descuento en salud por valor de \$4.788.900, acto administrativo que fue recurrido en reposición y subsidiariamente apelación por la actora con escrito del 14 de agosto de 2018, y la encartada a través de las Resoluciones SUB 224896 del 23 de agosto de 2018 y DIR 16403 del 10 de septiembre de 2018, confirmó la decisión del reconocimiento pensional y el respectivo descuento de aportes en salud (Fls. 63 a 66, 67 a 74, 75 a 80 y 81 a 87).

Como lo sostuvo la falladora de instancia, dicho acto administrativo en lo que concierne al monto de la mesada pensional, no fue refutado por la parte demandante con la presente demanda, y tampoco se observó que de los argumentos del recurso de reposición presentado existieran reproches frente al mismo, de ahí que la Sala no aborde tal presupuesto en esta instancia.

Tampoco fue reprochado el argumento sostenido por la *a-quo* en lo referente a que la demandante adquiriera el derecho pensional a partir del 14 de julio de 2012, calenda para la cual además de tener 55 años de edad como da fe la copia de su cédula de ciudadanía (Fl. 13), contaba con un total de 1412 semanas, ello atendiendo a que luego de que fuese negado el derecho pensional mediante las Resoluciones No. 20126800398094 y VPB 54 del 7 de enero de 2014, la entidad hubiese tenido en cuenta



los periodos comprendidos entre el 1º de noviembre de 1989 y el 31 de diciembre de 1994 que se dejaron de cancelar en su momento por parte del empleador de su entonces SM Administradores Ltda.

Ahora, en lo que concierne al análisis de la excepción de prescripción formulada por *Colpensiones*, dicho presupuesto tampoco fue objeto de reproche, y que se declaró probada al haberse elevado reclamación administrativa pretendiendo el reconocimiento pensional el 12 de septiembre de 2012, frente a lo cual la encartada emitió la Resolución No. No. 20126800398094 de 2012, que fuese recurrida por la demandante, lo que condujo a que la entidad proferiera la Resolución VPB 54 del 7 de enero de 2014 y notificada personalmente 30 de enero de 2014, última calenda en que empezó a correr el término prescriptivo trienal conforme lo regulan los artículos 488 y 489 del C.S.T. en concordancia con el artículo 151 del C.P.T.S.S., por lo que al haberse presentado la demanda el 19 de junio de 2019 (Fl. 1), era palmario que las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 19 de junio de 2016 gozaran del fenómeno prescriptivo.

Por otra parte, la Sala tampoco efectuará análisis de la absolución de los intereses moratorios dispuestos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, pues al haber sido absueltas y no haber existido pronunciamiento por la actora, es evidente que al estudiarse el proceso en el grado jurisdiccional de consulta a favor de *Colpensiones*, la pretensión debe mantenerse incólume conforme a lo decidido en primera instancia.

De la devolución de aportes a salud.

Pretende la demandante la devolución de aportes por concepto de salud que le hubiesen descontado con el reconocimiento pensional mediante la Resolución SUB 194611 del 23 de julio de 2018, por cuanto alude que acreditó los respectivos pagos ante la EPS Famisanar.

En primer lugar, ha de resaltarse que el artículo 2º de la Ley 100 de 1993, expone que el servicio público de seguridad social se prestará con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación.

Entiéndase entonces, que el principio de la solidaridad es la práctica de mutua ayuda del conglomerado social, por lo que es deber del Estado garantizar la solidaridad en el régimen mediante su participación, dirección y control del mismo.

Por otra parte, el artículo 143 de la Ley 100 de 1993 dispone:



“ARTÍCULO 143. REAJUSTE PENSIONAL PARA LOS ACTUALES PENSIONADOS. A quienes con anterioridad al 1o. de enero de 1994 se les hubiere reconocido la pensión de vejez o jubilación, invalidez o muerte, tendrán derecho, a partir de dicha fecha, a un reajuste mensual equivalente a la elevación en la cotización para salud que resulte de la aplicación de la presente Ley.

La cotización para salud establecida en el sistema general de salud para los pensionados está, en su totalidad, a cargo de éstos, quienes podrán cancelarla mediante una cotización complementaria durante su período de vinculación laboral.”

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1422-2018, Radicación No. 51163 del 3 de mayo de 2018, frente al tema de los descuentos en salud expuso:

*“Con independencia a si el asunto fue materia de estudio, esta Sala debe precisar que, por **ministerio de la ley** las entidades pagadoras de pensiones se encuentran en la obligación de descontar la cotización para salud y transferirla a la E.P.S. o entidad a la cual esté afiliado el pensionado en salud. Así se desprende expresamente del mandato contenido en el Art. 42 inc. 3 del D. 692/1994 cuando señala:*

“Las entidades pagadoras deberán descontar la cotización para salud y transferido a la EPS o entidad a la cual esté afiliado el pensionado en salud. Igualmente deberán girar un punto porcentual de la cotización al fondo de solidaridad y garantía en salud.

*“De igual forma, cabe resaltar que, al tenor del artículo 143 de la Ley 100 de 1993, no queda más opción al pensionado que asumir el pago de las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud, resultando natural que lo haga, **desde el momento mismo en que ostenta tal calidad.***

*“Es lógico pensar que debe el demandante aportar para efectos de la financiación del sistema contributivo, de tal forma que, **a pesar de que no hubo prestación del servicio de salud por cuanto en estricto sentido no estaba aún afiliado, mal puede soslayar el sentenciador la carga que a aquél le impone la ley de asumir los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud o pretender trasladársela a su empleador**, pues tal obligación legal deviene, precisamente, del estatus de pensionado.*

“Ciertamente, de no efectuarse los descuentos del retroactivo pensional para el Sistema General de Seguridad Social en Salud, no sólo se desconocerían los principios que debe observar la prestación del servicio público esencial de seguridad social consagrados en el artículo 2 de la Ley 100 de 1993, en especial, los de universalidad y solidaridad, sino también los rectores del servicio público de la seguridad social en salud de que trata específicamente el Decreto 1920 de 1994.

Adicionalmente, se advierte que al no efectuarse el descuento de los aportes para salud, podrían verse comprometidos los derechos del demandante de acceder a los servicios de alto costo que requieren un mínimo de semanas cotizadas, conforme lo dispone el artículo 164 de la Ley 100 de 1993.”

La anterior disposición se ha mantenido de antaño y resguardándose en la sentencia SL1169-2019, Radicación No. 64490 del 10 de abril de 2019, que refirió:



“En torno al tópico abordado en el cargo, esta sala de la Corte viene sosteniendo de manera consistente y pacífica que, por ministerio de la ley, las entidades pagadoras de pensiones se encuentran en la obligación de descontar la cotización correspondiente al sistema de seguridad social en salud y transferirla a la E.P.S. o entidad a la cual esté afiliado el pensionado, de conformidad con lo estatuido en los artículos 143 de la Ley 100 de 1993 y 42 del Decreto 692 de 1994. (Ver CSJ SL1422-2018 y CSJ SL1065-2018, entre muchas otras).

“Ahora bien, teniendo presente que la cotización destinada a financiar el sistema de seguridad social en salud está a cargo de los pensionados, en su totalidad, desde el momento en el que adquieren esa calidad, y que efectuar las correspondientes deducciones sobre la mesada, para tales efectos, representa una de las obligaciones corrientes de cada fondo de pensiones, que opera por ministerio de la ley, la Corte estima forzoso precisar que no es necesaria alguna declaración judicial tendiente a reconocer ese deber o a imponerlo, como se venía concibiendo en anteriores oportunidades”.

Reiteración jurisprudencial en la sentencia SL4645-2020, Radicación No. 76927 del 25 de noviembre de 2020.

De lo anterior, se puede colegir que en atención de los principios de solidaridad y sostenibilidad de la seguridad social dispuestos en la mentada Ley 100 de 1993, los descuentos en salud del pensionado deben efectuarse por disposición legal, de ahí que resulte la facultad y a su vez obligatoriedad de las administradoras pensionales ejercer la deducción de estos conceptos.

Ahora, más aún de la facultad que regula el ordenamiento de la seguridad social, como lo ha asentado el órgano de cierre, debe tenerse claro que es un servicio de orden público, por consiguiente, existe un escenario circunscrito a que de no efectuarse el descuento objeto de reproche, podría presentarse contingencias perjudicables para el mismo pensionado, como lo es la posible prohibición de acceder a los servicios de alto costo en salud conforme a requisitos mínimos que se han adoptado en la materia.

En tal sentido, no puede pretender la actora, que como consecuencia de la realización de aportes a salud cuando estuvo cotizando como independiente por el periodo comprendido entre el mes de agosto de 2012 y el mes de agosto de 2018, y que se acreditan de la certificación emanada por la EPS Famisanar (Fls. 88 a 90), deban ser objeto de devolución los aportes que se causan con ocasión del retroactivo pensional reconocido.

Lo anterior como quiera que las cotizaciones de una parte se realizaron como independiente con base en los ingresos que en tal calidad declaró y con el fin de tener una cobertura de seguridad social en salud para el momento en que no ostentaba la condición de pensionada, por ende tales cotizaciones hacen parte de una contingencia distinta al sistema pensional, y por otra, los descuentos a aportes son esencia propia de



la pensión, lo que impele la necesidad de dar aplicación a las prerrogativas que rigen la materia, como lo es el hecho de haber ostentado el estatus pensional.

Lo anterior, conlleva a que la Sala revoque parcialmente la sentencia apelada por este puntualísimo aspecto, y en su lugar de absuelve a *Colpensiones* de esta condena conforme a lo expuesto, seguido al hecho de que no es merecedora de costas procesales.

SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron. Las de primer grado correrán a cargo de la parte demandante.

V. DECISIÓN

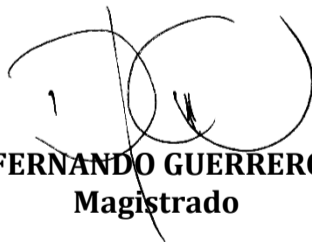
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR los numerales primero y cuarto de la sentencia proferida el 5 de agosto de 2020 por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de absolver a COLPENSIONES de la condena por concepto de devolución de aportes al sistema de Seguridad Social en Salud y por concepto de costas procesales, de conformidad con lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. las de primera a cargo de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



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

Ordinario Laboral 1100131050 23 2018 00640 01
Demandante: GRACIELA BALLESTEROS ÁVILA
Demandado: COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., diez (10) de junio de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 3 de junio de 2020 por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Graciela Ballesteros Ávila*, formuló demanda Ordinaria en contra de *Colpensiones*, con la finalidad que se declare que el causante *Aristóbulo Ballesteros Durán* es pensionado de dicha entidad, así como ella ostenta la calidad de hija discapacitada, por lo que es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes en un 100%.

Por consiguiente, se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la prestación por sobrevivencia desde la fecha en que falleció el causante, más la indexación e intereses moratorios.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, expuso que el *señor Aristóbulo Ballesteros Durán* nació el 9 de septiembre de 1935, y falleció el 11 de enero de 2009, así como que el entonces Instituto de Seguros Sociales mediante Resolución No. 577 del 1º de enero de 2003 le reconoció pensión de vejez.

Que el causante fue pensionado por el SENA, y en vida realizó declaración extra juicio ante la Notaría Primera de Girardot, en la que señaló la discapacidad de sus hijas y declaró que dependían económicamente de él. Indicó que a través de Resolución No. 01092 el SENA le reconoció la sustitución pensional por ser hija discapacitada, ya que



desde los doce años fue diagnosticada con Epilepsia, sumado a que el causante la afilió al Sistema de Seguridad Social en Salud y siempre dependió económicamente de este.

Refirió que el Médico Especialista de Medicina Laboral del ISS Doctor Isidro Iván Villamizar, el 23 de febrero de 2009 comunicó a la Coordinadora de dicha entidad que su discapacidad según valoración médico laboral ascendía al 52.5%, por lo que presentó solicitud de sustitución pensional ante *Colpensiones*, y mediante Resolución No. 2013-5966448 negó el derecho, bajo el entendido que no se cumplía con los parámetros legales para acceder a la pensión.

Por último, manifestó que el Departamento de Medicina Laboral del SENA le determinó una pérdida de capacidad laboral del 52.5%, y que la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá le determinó una del 62.13%.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones manifestó en su contestación que, la demandante no cumple con los requisitos legales exigidos en la Ley, especialmente demostrar la dependencia económica que tenía sobre el causante, además debe tenerse en cuenta que se actuó en derecho, toda vez que mediante Resolución No. 59135 del 1º de enero de 2009, reconoció pensión de sobrevivientes a *Luby Yolanda Ballestero Ávila* en un 50%, y a *Luz Amparo Castaño Arias* en el otro 50%.

Formuló las excepciones denominadas carencia de causa para demandar, inexistencia del derecho y de la obligación reclamada, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación, e innominada o genérica.

El Juzgado mediante auto de calenda 5 de abril de 2019, integró como litisconsortes necesarias a las señoras *Luby Yolanda Ballesteros Ávila* y *Luz Amparo Castaño Arias*.

En virtud de ello, *Luby Yolanda Stella Ballesteros Ávila*, en calidad de hija del causante, contestó la demanda con oposición de las pretensiones, manifestando que la actora al momento del fallecimiento del causante no era persona inválida y por tanto, no tenía impedimento para hacerse a ingresos propios y ser autosuficiente económicamente. Asimismo, resaltó que la demandante no dependía económicamente del fallecido.

Propuso las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, prescripción, cobro de lo debido, buena fe de la litis consorte, no configuración del derecho al pago del IPC, ni indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, e innominada o genérica.



Luz Amparo Castaño Arias, en calidad de compañera permanente del causante, mencionó en su contestación que las pretensiones formuladas por la demandante carecen de fundamentos fácticos y jurídicos, en especial solicitar de manera temeraria el reconocimiento y pago del 100% de la pensión de sobrevivientes cuando la misma ya fue resuelta por la entidad, e incluso negada a la actora mediante la Resolución No. 59135 del 1º de enero de 2009.

Propuso las excepciones de prescripción, carencia de causa para demandar, y la denominada inexistencia del derecho reclamado.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 3 de junio de 2020, absolvió tanto a la demandada como a las integradas en calidad de litisconsortes necesarias de las pretensiones formuladas en su contra.

Para arribar a dicha conclusión, en primer lugar, indicó que, en virtud a que el causante falleció el 11 de enero de 2009, la solicitud prestacional debía estudiarse a la luz de lo establecido en la Ley 100 de 1993, con las modificaciones introducidas en la Ley 797 de 2003.

Que en atención al parentesco de la actora con el causante, en efecto se logró acreditar la calidad de hija, conforme da fe el Registro Civil de Nacimiento, y en relación con el estado de invalidez para la fecha del fallecimiento del causante, expuso lo siguiente:

_ Que obra dictamen sobre la determinación de la pérdida de capacidad laboral expedida por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, donde se estableció como pérdida de capacidad de la actora el 62,13% con fecha de estructuración el 29 de enero de 2010, así como el dictamen emitido por el grupo médico laboral de Colpensiones, en el que se determinó una pérdida de capacidad laboral del 62.33% con fecha de estructuración de invalidez el 29 de enero de 2010.

_ Que obra resumen de historia clínica de la demandante, expedida el 2 de abril de 2009 por el SENA Regional Cundinamarca, en el que se indicó que el día 23 de febrero de 2009, asistió a Medicina Laboral la actora quien da calificación de invalidez con pérdida de capacidad laboral del 52.5%, discriminada en deficiencia del 22%, discapacidad del 4.95% y minusvalía del 22.5%, y se indicó que no requiere del auxilio de personas para realizar funciones elementales de su vida.

_ Adicionalmente, que obra comunicación del 23 de febrero de 2009 realizado por el médico especialista de Medicina laboral del ISS – Seccional Cundinamarca y



Bogotá, dirigida a la Coordinadora del ISS - Seccional Cundinamarca y Bogotá, en la que se indicó que, de acuerdo al Manual Único de Calificación de Pérdida de Capacidad Laboral, la actora sufre una deficiencia del 52.5%, donde no se especificó fecha de estructuración.

Que por tal razón, tanto el dictamen proferido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez como el proferido por *Colpensiones*, coincidieron en establecer que la fecha de estructuración correspondió al 29 de enero de 2010, de ahí que haya tenido en cuenta tal calenda como fecha de estructuración de la patología, dado que si bien el SENA profirió dictamen u oficio en el que se estableció una pérdida de capacidad laboral del 52.5%, en el mismo se desconoció la fecha de estructuración de la patología, y respecto del oficio proferido por el ISS, no le asignó valor probatorio en tanto, teniendo en cuenta el documento aportado por la testigo *Katherine Andrea León Ballesteros* y que igualmente fuese decretado como prueba oficiosa por el *a-quo*, era menester que el mismo fuese aportado en original por la demandante como quiera que existía una contradicción entre el aportado por la actora y el incorporado por la testigo respecto de la pérdida de capacidad laboral.

Por tal razón, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 100 de 1993, a pesar que quedó demostrado que la actora tenía una pérdida de capacidad laboral superior al 50%, esa minusvalía no sucedió con anterioridad al fallecimiento del causante, adicional a que el requisito de la condición económica tampoco se acreditó, toda vez que a pesar de que se hubiese allegado declaración extra juicio que en vida efectuó el causante en el que manifestó que era el padre de la aquí demandante y que dependía económicamente de él adiada el 7 de septiembre de 2005, la misma fue cuatro años anteriores a su fallecimiento, por lo que no se avizoró la dependencia económica; igual situación que sucedió de los testimonios practicados a su favor ya que no se evidenció que el causante sufragara las necesidades básicas de la actora.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandante inconforme con la decisión la apeló. Manifestó que no resulta de asidero el hecho que no se le haya asignado credibilidad al documento de calenda 25 de febrero de 2009 emitido por el entonces ISS, en el que se consignó que la demandante ya contaba con una pérdida de capacidad laboral del 52.25%, en razón a que no es de recibo que un testigo por intermedio de una foto, que es supuestamente extraída de un original que nunca apareció, y que incluso ella como demandante lo aportó al proceso como consecuencia de que *Colpensiones* lo suministró por intermedio de un CD, más aún si no fue tachado de falso por ninguna de las partes en juicio.



Que el fallador de instancia debió estudiar de la historia clínica si la pérdida de capacidad laboral por Epilepsia había sido anterior o posterior a la fecha del fallecimiento del causante, adicional a que dicha patología conlleva a que en efecto la pérdida de capacidad laboral sea superior al 50%, de ahí que se pueda entender la dependencia económica con el causante.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, habrá de determinarse como primer problema jurídico si a la aquí demandante en su condición de hija inválida del causante, le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la sustitución pensional.

c. Del caso en concreto:

Sea lo primero indicar, que no fue objeto de reproche que al causante, señor *Aristóbulo Ballesteros Durán*, el entonces Instituto de Seguros Sociales, le reconoció una pensión de vejez a través de la Resolución No. 000577 de 2003 (Fl. 165), así como que el SENA mediante Resolución No. 01092 de 2009, reconoció el derecho de la sustitución pensional como consecuencia del fallecimiento del señor *Aristóbulo Ballesteros Durán*, a las señoras *Luz Amparo Castaño Arias*, *Luby Yolanda Ballesteros Ávila* y *Graciela Ballesteros Ávila*, en una proporción del 50% y del 25% para las restantes, respectivamente (Fls 143 a 146).

Tampoco el hecho que el Instituto de Seguros Sociales, mediante Resolución No. 05913135 del 11 de diciembre de 2009, reconoció igualmente sustitución pensional a las señoras *Luz Amparo Castaño Arias* y *Luby Yolanda Stella Ballesteros Ávila* en proporción del 50% para cada una de ellas, con ocasión del referido causante señor *Aristóbulo Ballesteros Durán* (Fls. 147 a 150), y que la encartada negó en Resolución GNR 147712 del 30 de abril de 2014, el derecho pensional de la aquí demandante según se desprende de las consideraciones resaltadas por la entidad en la Resolución SUB 47576 del 27 de abril de 2017 (Fls. 159 a 164).



Puestas así las cosas, procede la Sala a resolver el derecho pensional deprecado por la demandante.

Para tal efecto a folio 15 del plenario, obra copia del Registro Civil de Defunción del señor *Aristóbulo Ballesteros Durán*, que denota que su deceso sucedió el 11 de enero de 2009, situación que a su vez conduce a que el derecho deprecado se estudie a la luz de las prerrogativas de la Ley 797 de 2003, disposición que modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 en su literal c), la cual establece:

“Artículo 47. Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

c) Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuando hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993;”.

En lo que atañe al requisito de la invalidez, el artículo 38 de la Ley 100 de 1993 preceptúa:

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

Como lo sostiene la norma en comento, los requisitos para este tipo de prestación se dividen en dos tópicos, que son (i) acreditar una pérdida de capacidad del 50% o superior al momento del fallecimiento del causante, al igual que sea hijo de este, y (ii) que se demuestre una dependencia económica del fallecido.

De la pérdida de capacidad y la condición de hija de la actora respecto del causante.

Respecto del primer aspecto, está totalmente acreditado que la aquí demandante es hija del causante como así se acredita con la copia del Registro Civil de Nacimiento visible a folio 16.

En relación con el estado de invalidez para el momento del fallecimiento del causante, que se itera lo fue el 11 de enero de 2009, se advierte que obra el Dictamen No. 52184604 del 30 de mayo de 2013, emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, donde se aprecia que a la demandante se le determinó una pérdida de capacidad laboral del 62.13% de origen común, cuya fecha de estructuración fue el 29 de enero de 2010, teniendo como diagnóstico *“Secuelas*



metafisiaria (fractura de radio distal) Síndrome doloroso regional complejo MSD – Trastorno Depresivo mayor. Dolor crónico intratable” (Fls. 23 a 28).

También obra Dictamen proferido por el Grupo Médico Laboral de *Colpensiones* de calenda 21 de febrero de 2014, en el que se le determinó a la demandante una pérdida de capacidad laboral del 62.33% de origen común, y una fecha de estructuración del 29 de enero de 2010, según se advierte del expediente administrativo allegado en medio magnético visible a folio 59.

Por otra parte, aparece Historia Clínica de la actora expedido por el SENA el 2 de abril de 2009, que advierte que *“El día 23 de febrero de 2009 asiste a medicina laboral quien da calificación de invalidez con pérdida de capacidad laboral del 52.5% discriminada en deficiencia del 22% discapacidad del 4.95% minusvalía del 22.55% y certifica que no requiere del auxilio de otras personas para realizar funciones elementales de su vida. Certifica el Doctor Isidro Iván Villamizar Médico Laboral”*, sumado a que, en folio 22 fue aportado por la demandante documento fechado el 23 de febrero de 2009 expedido por el entonces Instituto de Seguros Sociales, en el que el Médico Especialista de Medicina Laboral – Seccional Cundinamarca y Bogotá expuso que la pérdida de capacidad laboral ascendía a 52.5%, sin especificarse fecha de estructuración.

Así las cosas, y como lo sostuvo el fallador de instancia, los dictámenes emitidos tanto por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca y por *Colpensiones*, determinan sin dubitación alguna que la actora en efecto presenta una deficiencia de origen común superior al 50%, coincidiendo que la fecha de estructuración de las patologías el 29 de enero de 2010, misma calenda que será la tenida en cuenta por esta Corporación, de ahí que se pueda colegir que la actora no acreditó el requisito de la invalidez a la fecha del deceso del *señor Aristóbulo Ballesteros Durán*, sino con posterioridad al mismo.

Sobre este punto, debe resaltarse que el actor emitió su total inconformidad en el recurso de alzada sobre el análisis que dedujo que la fecha de estructuración había sido el 29 de enero de 2010 y no antes como se desprendía de la historia clínica y del documento ya enunciado que se emitió el 23 de febrero del año 2009.

Se precisa que el documento del 23 de febrero de 2009 emitido por el Instituto de Seguros Sociales, que como ya se dijo, versa frente a una exposición que realizara el Médico Especialista de Medicina Laboral – Seccional Cundinamarca y Bogotá donde indicó que la actora tenía una pérdida de capacidad laboral del 52.5% sin fecha de estructuración (Fl. 22), fue controvertido con uno que se aportara de manera oficiosa al plenario por el *a-quo*, al recaudarse el testimonio de *Katherine Andrea León Ballesteros*, sobrina de la demandante, quien adujo que su contenido era distinto al



original por cuanto en el año 2014 tuvo un problema con la demandante quien la agredió, por lo que le inició una denuncia penal y para esa época el ex esposo de la demandante le dio acceso a una carpeta de varias personas que le habían instaurado denuncias contra la demandante por violencia, y encontró una hoja expedida por el Instituto de Seguros Sociales, en el que se exponía que a la señora *Graciela Ballesteros Ávila* se le negaba el derecho a la pensión porque no reunía el porcentaje de pérdida de capacidad laboral necesario que era el 50%, por lo que le tomó una foto al referido documento.

Así las cosas, confrontado el documento incorporado de oficio obrante a folio 280, se tiene que a diferencia del allegado por la demandante, este último advierte que la pérdida de capacidad laboral de la actora asciende a 40%, sin que tampoco presente fecha de estructuración.

En tal sentido, ha de indicarse que conforme a los postulados emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en atención de lo establecido en el artículo 61 del C.P.T. y de la S.S., el Juez se encuentra facultado para analizar las pruebas al no encontrarse atado a la tarifa legal, siempre y cuando el estudio de la prueba se realice de forma minuciosa; así lo dejó asentado incluso en un caso donde se trató un asunto de similares condiciones en lo atinente al análisis de una derecho de sustitución pensional, sentencia SL4552-2020, Radicación No. 71663 del 27 de octubre de 2020, donde expuso:

“En ese sentido, si bien el artículo 60 ibídem les impone la obligación de analizar todas las pruebas oportunamente allegadas, los juzgadores están facultados para darle mayor valor a cualquiera de ellas sin sujeción a tarifa legal, salvo cuando la ley exija determinada solemnidad ad substantiam actus, pues en esa eventualidad «no se podrá admitir su prueba por otro medio».

“Sobre el particular, la Sala en la sentencia CSJ SL, 5 noviembre 1998, radicado 11111, reiterada en la CSJ SL5584-2018 dispuso que,

“El artículo 61 del Código de Procedimiento Laboral les concede a los falladores de instancia la potestad de apreciar libremente las pruebas aducidas al juicio, para formar su convencimiento acerca de los hechos debatidos con base en aquellas que los persuadan mejor sobre cuál es la verdad real y no simplemente formal que resulte del proceso. Todo ello, claro está, sin dejar de lado los principios científicos relativos a la crítica de la prueba, las circunstancias relevantes del litigio y el examen de la conducta de las partes durante su desarrollo.

“Pueden, pues, los jueces de las instancias al evaluar las pruebas fundar su decisión en lo que resulte de algunas de ellas en forma prevalente o excluyente de lo que surja de otras, sin que el simple hecho de esa escogencia permita predicar en contra de lo resuelto así la existencia de errores por falta de apreciación probatoria y, menos aún, con la vehemencia necesaria para que esos errores tengan eficacia en el recurso extraordinario de casación como fuente del quebranto indirecto que conduzca a dejar sin efecto la decisión que así estuviera viciada.



“La eficiencia de tales errores en la evaluación probatoria para que lleven a la necesidad jurídica de casar un fallo no depende pues simplemente de que se le haya concedido mayor fuerza de persuasión a unas pruebas con respecto de otras sino de que, aun de las mismas pruebas acogidas por el sentenciador o de otras que no tuvo en cuenta, surja con evidencia incontestable que la verdad real del proceso es radicalmente distinta de la que creyó establecer dicho sentenciador, con extravío en su criterio acerca del verdadero e inequívoco contenido de las pruebas que evaluó o dejó de analizar por defectuosa persuasión que sea configurante de lo que la ley llama el error de hecho.

“La facultad otorgada por el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social de apreciar libremente las pruebas, hace que en principio resulte inmodificable la valoración realizada por el Tribunal, mientras ello no lo lleve a decidir contra la evidencia de los hechos en la forma como fueron probados en el proceso (CSJ SL12299-2017).

“De manera que, la Corte como tribunal de casación y atendiendo a la presunción de acierto y legalidad que ampara la sentencia acusada, tiene el deber legal de considerar que el juez de segunda instancia cumplió con esa función y, por tanto, acertó en la determinación de los hechos relevantes del pleito (CSJ SL2375-2020).

Es por ello que le asiste razón al *a-quo* de no haberle asignado credibilidad al documento del 23 de febrero de 2009, pues a pesar de que el mismo no fue refutado ni tachado por las partes, como así lo asentó la parte demandante en su recurso, lo cierto es que no era claro su contenido para definir que la pérdida de capacidad laboral de la actora fuera superior al 50%, aunado a que en su libre convencimiento respaldado por el artículo 61 del C.P.T y de la S.S., pudo determinar que los dictámenes emanados tanto por la Junta Regional de Calificación de Invalidez como por *Colpensiones*, eran precisos en indicar que la estructuración de las patologías sucedieron el 29 de enero de 2010.

Si en gracia de discusión se tuviera en cuenta el documento objeto de reproche, del mismo debe advertirse que no establece una fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral de la demandante, aspecto que sopesa tener como fecha de estructuración de las patologías la ya referida calenda 29 de enero de 2010, máxime si se tiene en cuenta que la historia clínica sobre la que también hace alusión el recurrente (Fls. 29 a 46), además de aclarar que en efecto la demandante presentó patologías de Epilepsia antes del fallecimiento del causante, no refleja alguna pérdida de capacidad porcentual que hubiese emitido autoridad competente, circunstancias todas que conducen a que la sentencia de primera instancia sea confirmada por este aspecto.

Del requisito de la dependencia económica.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia anteriormente descrita (SL4552-2020, Radicación No. 71663 del 27 de octubre de 2020), en lo que atañe al requisito de la dependencia económica de los hijos en condición de discapacidad sostuvo:



“El alcance del concepto de la dependencia económica en materia de seguridad social sobre el cual se edifica la controversia planteada, ha sido fijado por esta Sala en múltiples oportunidades, entre otras, en la sentencia CSJ SL 5605-2019 en la que se explicó:

“El propósito normativo de establecer el requisito de acreditar la dependencia económica contiene un fin válido, dirigido a que la prestación llegue al real beneficiario del hijo o del padre fallecido, según el caso, que no es otro que aquel, que ante la pérdida de su familiar, se vea de tal manera abandonado que esto atenta contra su subsistencia.

“La dependencia parte de la necesidad de la protección del hijo en condición de discapacidad que se encuentra subordinado al ingreso que el padre le procuraba para salvaguardar sus condiciones de subsistencia, con lo cual la ayuda económica de éste se torna imprescindible para asumir los gastos ordinarios de aquél, ante la imposibilidad material de costearlos para subsistir.

“Ha sido claro que la imposibilidad material de los padres o de los hijos de suministrarse para sí mismos su propia subsistencia, no implica, como se señaló, el encontrarse en estado de mendicidad o la carencia total de recursos, por lo que la determinación de esta imposibilidad conlleva un juicio de autosuficiencia, entendida como aquella autonomía de generar fuentes de recursos que permitan la atención de necesidades básicas que permitan su subsistencia (subraya la Sala).

“Así mismo, en un caso de contorno similares al presente, la Corte en la sentencia CSJ SL296-2020 estimó:

“De manera que, lo que el ad quem debió corroborar en torno al recurso de apelación interpuesto por la accionada, si la demandante había demostrado que, al momento de fallecer su padre, este le proporcionaba un sustento económico que era necesario para su congrua subsistencia, a pesar de que ella recibía una pensión de invalidez equivalente al salario mínimo legal.

“Dicho de otra manera, como reiteradamente lo ha señalado la jurisprudencia, la colegiatura debió revisar la prueba documental y testimonial que sirvió de soporte al juzgado y que era materia del recurso de alzada, a fin de verificar si la relación de subordinación económica respecto de la persona fallecida, era de tal proporción que le impedía valerse por sí misma, aun cuando contara con recursos propios o provenientes de su pensión de invalidez (subraya la Sala).

Sobre el particular se recaudó el interrogatorio de parte de la demandante, quien manifestó que su estado civil es en unión libre con el señor *Alex Parra*, realizando estudios hasta noveno de bachillerato y que se dedica al hogar. Que igualmente se dedica a cuidar a su madre de 83 años, tiene cuatro hijos y una de ellas sufre de discapacidad, así como que su compañero se dedica al calzado.

Puntualizó que los únicos ingresos que percibe son los de la pensión del SENA que dejó causada su fallecido padre, y que en el momento que este falleció se dedicaba al hogar. Que cuando tenía 21 años su madre la retiró de la casa porque su padre la llevó a una residencia e intentó violarla, sin que haya denunciado tal circunstancia, de ahí que se vinculara laboralmente a una empresa llamada Lavanser donde trabajó ocho días, cuando su hermana *Luby Yolanda Stella Ballesteros Ávila* fue por ella porque le dio un ataque epiléptico.



Que el causante siempre iba a su casa ya que los visitaba aproximadamente cada 15 días, en una ocasión a todos los hijos los reunió ya que son siete hermanos y a cada uno les regaló \$5.000.000. Que su padre siempre le colaboraba económicamente, la tenía afiliada en salud al SENA, y cuando este falleció ella no convivía con ninguna pareja.

Que ella desde los doce años ha padecido de Epilepsia y con posterioridad de trastorno mental, mencionando conoce a la señora *Luz Amparo Castaño*, ya que el día del velorio del fallecimiento de su padre la observó.

El testigo *Luis Fernando García Moreno* mencionó que, la demandante es la madre de sus hijos, haciendo vida marital como pareja por muy poco tiempo debido a los problemas psicológicos que padece la actora.

Mencionó que el causante iba a visitar a la demandante, él como testigo no asistía, resaltando que él siempre respondía por los hijos que tenía con la actora, quien dependía económicamente de su madre y del fallecido. Que la demandante no trabaja en razón a las convulsiones y problemas crónicos que presenta, patologías que ha tenido desde que la conoció, que lo fue en el año de 1995.

El testigo *Rodolfo Ballesteros Ávila*, quien fue tachado de sospecha, expuso que es hermano de la demandante y el causante también era su padre. Que para el momento del fallecimiento del señor *Aristóbulo Ballesteros Durán* la actora ya presentaba los problemas de Epilepsia ya que esa patología la ha tenido desde los 12 años.

Indicó tener conocimiento que la demandante nunca ha trabajado, y que para el momento del fallecimiento de su padre la demandante vivía en la casa de su madre, así como que su padre mientras estuvo con vida fue quien la sostuvo económicamente a la actora y con posterioridad su madre, dejando de presente que después de la muerte del causante la demandante obtuvo una pensión de sobrevivientes por parte del SENA.

Que la actora vivió un tiempo como pareja con el señor *Luis Fernando García*, puntualizando que el causante en ocasiones vivió en la casa de su madre y no tenía paradero fijo, suponiendo que el esposo de la actora le colaboraba económicamente, al igual que el causante a la única persona que le colaboraba económicamente era a la demandante.

La señora *Luby Yolanda Stella Ballesteros Ávila* también rindió interrogatorio de parte, quien precisó que es soltera; que la demandante es su hermana y vivieron juntas en la misma casa hasta la fecha de fallecimiento de su padre. Que el esposo de la demandante era el señor *Alex Parra*, al igual que el causante las visitaba esporádicamente y que la



demandante para el momento del fallecimiento de su padre trabajaba en una fábrica de muebles.

Sintetizó que el causante no le colaboraba económicamente a la actora, ya que la ayuda económica se la suministraba a ella, quien también es hija del fallecido. Que la patología de las convulsiones de la demandante le empezaron a suceder cuando tenía aproximadamente 16 o 17 años.

Que la actora la denunció ante la Fiscalía con ocasión de una supuesta falsedad de documentos donde se hacía pasar por discapacitada, así como que ambas en calidad hijas se encontraban afiliadas en salud por el causante ante el SENA, y tiene conocimiento que la patología de la demandante no la impidió ejercer actividades laborales.

La testigo *Katherine Andrea León Ballesteros*, adujo que es la sobrina de la demandante y que para el año 2009 vivía en Suba, conociendo al causante por cuanto era su abuelo, el cual vivió muchos años en la ciudad de Bucaramanga, luego en Fusagasugá y cuando falleció vivió en la ciudad de Bogotá.

Que en la actualidad no tiene una relación cercana con la demandante y para el año 2009 su relación era regularmente buena, teniendo un trato constante ya que la actora vivía donde su madre, quien a su vez es abuela de la testigo. Expuso que para el año de 2009 la demandante trabajaba en un local de muebles; tanto así, que al año siguiente ella como testigo, trabajó con la demandante en el mismo local.

Que la demandante vivía con el señor *Luis Fernando García* y los tres hijos de ella, y que la actora tenía una hija más, la cual vivía con su respectivo padre. Fue enfática en exponer que el fallecido no le colaboraba a la actora económicamente pues no fue cercano a sus hijos a excepción de la señora *Luby Yolanda Stella Ballesteros Ávila*, ya que era la única que tenía una relación directa con él, y que cuando el fallecido venía a Bogotá siempre se quedaba en la habitación de su tía *Luby Yolanda Stella Ballesteros Ávila*.

Que la actora siempre ha trabajado como vendedora de muebles, recalcando que, en su labor, no se le realizaban aportes al Sistema de Seguridad Social Integral, y que su patología de Epilepsia nunca le impidió trabajar por cuanto permanecía medicada, así como que tuvo un accidente en el año 2011 cuando la atropelló un vehículo.

Indicó que el año 2014 tuvo un problema con la demandante porque era un poco violenta y la agredió, por lo que le inició una denuncia penal. En virtud de ello, el señor Fernando García le dio acceso a una carpeta de varias personas que le habían instaurado



denuncias a la demandante por violencia, y encontró una hoja expedida por el Instituto de Seguros Sociales en el que se señalaba que a la señora *Graciela Ballesteros Ávila* se le negaba el derecho a la pensión porque no reunía el porcentaje de pérdida de capacidad laboral necesario que era el 50%, por lo que le tomó una foto al referido documento.

Que la demandante siempre se refería en malos términos del causante, pues refería que la había violado, reiterando que el causante nunca le colaboró económicamente a la actora, y que la única vez que lo hizo, fue en una ocasión en navidad que les regaló a todos sus hijos la suma de \$5.000.000 para cada uno.

La testigo *Nathalia María Ortiz Martínez*, indicó que no tiene ninguna relación con la demandante, pero la distingue porque es la tía de *Ana María Ortiz*, con quien la testigo tiene un lazo de amistad, y que la única vez que ha tenido relación directa con la actora fue en el velorio y funeral del causante.

Que conoció al causante, dando fe que le ayudaba económicamente a la señora *Luby Yolanda Stella Ballesteros Ávila*, sin que le conste que le efectuara la misma ayuda a la demandante, constándole además que el fallecido tuvo relación de padre con la señora *Luby Yolanda* ya que pasó tiempo con ellos e incluso fue de paseo con el fallecido y almuerzos, sin que hubiese visto algún trato entre el causante y la demandante.

El testigo *William Armando Corredor Montañez*, mencionó que conoce a las hijas del causante desde el año 2003, ya que es amigo de la hija de la señora *Luby Yolanda Stella Ballesteros Ávila*, por lo que conoció a la demandante en reuniones familiares; que estuvo en el velorio del causante y manifestó no constarle acerca de la ayuda económica del causante para con la actora.

Que le consta que la demandante vivía con el señor Fernando García y sus hijos, exponiendo además que la actora trabajaba, pero no le constaba en qué actividad. Que la señora *Luby Yolanda Stella Ballesteros Ávila* permanecía en la casa, dando fe que siempre recibió ayuda económica del causante quien era su padre, sin tener conocimiento de cómo era la relación del causante con los demás hijos.

Puntualizó que siempre que el causante iba a la casa donde vivían las hermanas, y siempre permanecía con la señora *Luby Yolanda Stella Ballesteros Ávila* y esta a su vez siempre era la que estaba pendiente del fallecido.

Del caudal testimonial y los interrogatorios de parte, puede colegirse que la demandante tampoco logró demostrar el requisito de la dependencia económica como hija del fallecido. Nótese que los testimonios por ella traídos a juicio y que se circunscriben a los de los señores *Luis Fernando García Moreno* y *Rodolfo Ballesteros*



Ávila, exesposo y hermano de la actora respectivamente, no lograron advertir tal presupuesto.

Su exesposo enunció tener conocimiento que el causante iba de visita donde la demandante, pero que cuando este llegaba, él como testigo no permanecía en el hogar ya que no tenía una buena relación, tópico que advierte que no fue un testigo directo de la relación entre padre e hija y por consiguiente, que no tenga conocimiento sobre la dependencia económica pretendida.

Por otra parte, el hermano de la demandante señor *Rodolfo Ballesteros Ávila*, advirtió en el estrado que el esposo de la actora le colaboraba económicamente, aspecto que se acompasa con lo expuesto por la misma señora *Graciela Ballesteros Ávila* en el interrogatorio de parte practicado, quien adujo que su esposo actual trabaja, de lo que se puede colegir que no exista una dependencia con el causante.

Además de lo anterior, no se pueden perder de vista las declaraciones rendidas por *Katherine Andrea León Ballesteros*, *Nathalia María Ortiz Martínez*, *William Armando Corredor Montañez*, los cuales fueron contestes en señalar que la demandante trabajaba, y que incluso *Katherine Andrea León Ballesteros* adujo que ejerció labores con la actora, situaciones todas que no demuestran una dependencia económica de necesidad ostensible de la presunta ayuda económica que le suministraba el causante a la demandante.

Ahora, a pesar que dentro del plenario obra una declaración extra proceso que realizara el causante en vida, más exactamente el 7 de septiembre de 2005 (Fl. 21), en la que sostuvo que la actora dependía económicamente de él, la misma no puede ser entendida como configuración del requisito de la dependencia económica, en tanto lo allí certificado fue en el año 2005, es decir, cuatro años anteriores del deceso del causante señor *Aristóbulo Ballesteros Durán*.

Por todo lo expuesto, y al no haberse demostrado los requisitos necesarios para la configuración del derecho como se expuso en precedencia, la sentencia de primer grado habrá de confirmarse en su integridad.

SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN

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



RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 3 de junio de 2020 por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



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

Ordinario Laboral 1100131050 23 2019 00401 01
Demandante: OSWALDO RIOBO PICO
Demandado: TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. EN
 REORGANIZACIÓN – TRANSIT S.A.S.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., diez (10) de diciembre de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar la sentencia proferida el 12 de marzo de 2020 por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, en el grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte demandante, como quiera que la decisión fue adversa a sus pretensiones, de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T y de la S.S.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *Oswaldo Riobo Pico*, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la sociedad *Transporte Zonal Integrado S.A.S. en Reorganización – Transit S.A.*, con la finalidad que se declare con la encartada la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, donde desempeñó las funciones de Operador de Vehículo de Servicio Público Zonal en la Ciudad de Bogotá, vinculo que sucedió por el periodo comprendido entre el 12 de septiembre de 2013 y el 4 de julio de 2018, última calenda en la que fue despedido encontrándose incapacitado.

Por consiguiente, solicita se condene a la demandada a reintegrarlo al mismo cargo o a otro de igual o superior categoría sin solución de continuidad, condiciones salariales similares a las que tenía derecho al momento del despido, junto con el pago de salarios dejados de percibir desde el momento del despido y hasta cuando se haga efectivo el reintegro, y la sanción legal dispuesta en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Subsidiariamente, solicitó el pago de la sanción por despido sin justa causa, reliquidación de salarios, prestaciones sociales y aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensión, teniendo en cuenta el salario realmente devengado e incluyendo las horas extras, recargos nocturnos, festivos, dominicales y el bono de mera



liberalidad, así como el pago de la indemnización moratoria dispuesta en el artículo 65 del C.S.T.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones refirió que, al momento de ingresar a laborar al servicio de la demanda, presentó los respectivos exámenes médicos que lo declararon apto para desempeñar el cargo de Operador de Vehículo de servicio público en la Ciudad de Bogotá, actividad que consistió en la movilidad de pasajeros.

Que la Secretaría de Movilidad de Bogotá le asignó a la demandada las rutas 488 Lomas a Unicentro, 802 de Lomas a Engativá, 624 del 20 de Julio al Paraíso, entre otras, de ahí que le hubiesen sido asignados horarios de trabajo desde las 3:30 a.m. hasta las 12:00 p.m., otorgándosele un bono de mera liberalidad al inicio de la relación laboral por la suma de \$200.000, más horas extras, recargos nocturnos, festivos y dominicales, junto con un salario base de \$800.000.

Expuso que los horarios asignados eran bajo la modalidad de tabla partida, por lo que hacía entre dos y tres recorridos en las horas de la mañana, quedando en descanso hasta dos o tres horas para luego continuar hasta completar ocho horas, lo que conllevaba a cumplir jornadas laborales diarias entre doce y catorce horas, donde laboraba de domingo a domingo.

Mencionó que el 23 de septiembre de 2014, cumpliendo con su respectivo turno de trabajo tuvo que suspender la marcha del vehículo por pérdida de la visión, por lo que fue examinado el 10 de octubre de 2014 por el médico tratante quien le manifestó que presentaba vértigo, lo que condujo a que en la misma calenda radicara ante la empresa las restricciones médicas donde se le recomendó el cambio de labor. Que en razón de ello, la pasiva acató las recomendaciones y lo reubicó en el cargo de almacenista, por lo que se le disminuyó su salario básico y se le suspendió el bono de mera liberalidad, destacando además que para el año 2017 le fue asignado un salario de \$1.100.000 más horas extras, recargos nocturnos, festivos y dominicales.

Adujo que fue incapacitado los días 4 y 5 de julio de 2018, siendo despedido por la pasiva de manera unilateral el ya referido 4 de julio, omitiéndose solicitar el permiso ante el Ministerio del Trabajo para proceder con el despido de conformidad con lo establecido en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:



La demandada expuso que no hay lugar a reintegrar al actor, por cuanto el contrato de trabajo que unió a las partes terminó por justa causa el 4 de julio de 2018 de conformidad con lo establecido en los numerales 6, literal a), del artículo 62 del C.S.T. en concordancia con los artículos 1, 3 y 5 del artículo 58 y numeral 4 del artículo 60 de la misma disposición.

Que el actor para el momento del despido no gozaba de la figura de estabilidad laboral reforzada, ni tenía condición de persona discapacitada o se encontraba en situación de debilidad manifiesta en razón a su estado de salud que le impidiera o le dificultara sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, no tenía recomendaciones o restricciones laborales, ni contaba con una pérdida de capacidad laboral superior al 15%. Asimismo, reseñó que, durante la vigencia del contrato, al demandante se le liquidó y canceló en debida oportunidad cada una de las prestaciones sociales y acreencias laborales a que tenía derecho, pues cuando el trabajador laboraba dominicales y festivos, horas extras o recargos, dichos rubro eran cancelados e incluidos para los aportes al Sistema Integral de Seguridad Social.

Formuló las excepciones de inexistencia de las obligaciones reclamadas, pago, carencia del derecho reclamado, falta de causa y cobro de lo no debido, buena fe, prescripción, compensación y genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 12 de marzo de 2020, absolvió a la demandada de las pretensiones formuladas en su contra.

Para arribar a dicha conclusión, manifestó en primer lugar que no existió controversia respecto de la relación laboral que unió a las partes por el periodo comprendido desde el 12 de septiembre de 2013 hasta el 4 de julio de 2018, donde el actor inicialmente desempeñó el cargo de Operador de Vehículo de Servicio Público, y a partir del 1º de marzo de 2016 ocupó el cargo de Auxiliar de Almacén, cuyo último salario fue la suma de \$1.100.000.

En lo que respecta a la estabilidad laboral reforzada alegada en los términos establecidos en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, dispuso el *a-quo* que el despido acaecido al actor no fue como consecuencia de la limitación de la salud alegada, en tanto, de la valoración conjunta del caudal probatorio, se advirtió claramente que al momento de la terminación del contrato de trabajo que lo fue el 4 de julio de 2018, el señor *Oswaldo Riobo Pico* no padecía ninguna pérdida de capacidad laboral ni que estuviere en proceso de calificación por ninguna de las autoridades competentes.



Que en cuanto a lo decidido respecto de la terminación del contrato del demandante, tal aspecto no es óbice para establecer una estabilidad laboral reforzada, pues a pesar de que el actor al momento del despido acudió a una consulta médica de urgencias en la que se le otorgó una incapacidad de dos días, lo cierto es que no demostró que la consulta se hubiese dado antes del finiquito del contrato de trabajo, máxime si el mismo demandante confesó en el interrogatorio de parte que la incapacidad fue con posterioridad, y que incluso, no fue de conocimiento por parte del empleador, aunado a que su limitación no se enmarca dentro de los grados severo moderado o profundo como así lo ha adocinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Por tal motivo, negó las pretensiones principales atinentes al reintegro y la indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Siguió su análisis respecto de las pretensiones subsidiarias, manifestando que en lo atinente a la sanción por despido sin justa causa, las causales endilgadas al trabajador en la carta de terminación del contrato de trabajo adiada el 4 de julio de 2018, de las probanzas arrimadas al plenario, más exactamente la diligencia de descargos que en su momento la pasiva le realizó al demandante, se determinó que efectivamente esas conductas se presentaron y que incluso, el actor las confesó en el interrogatorio de parte practicado, sumado a que lo allí sucedido se determinó como una falta grave dentro del contrato de trabajo, por lo que consideró que la terminación era justa.

En lo atinente a la reliquidación de prestaciones y aportes al sistema de seguridad social por concepto de horas extras y trabajo suplementario, manifestó el fallador de instancia que si bien obran algunas planillas que advierten que en efecto el demandante probó tales aspectos, se logró demostrar el pago de los mismos como se aprecia de los comprobantes de pago arrimados por el actor, y que incluso estos pagos se tuvieron en cuenta para la cancelación de aportes al Sistema Integral de Seguridad Social.

Frente al bono de mera liberalidad por valor de \$200.000, expuso que dentro del contrato se estableció que no constituía salario, donde además se asentó que dicho bono operaba para los trabajadores de vehículo tipo bus, por lo que al haber sido reubicado el demandante a otro cargo con un salario superior desde el año 2014, el último cargo no lo determinaba, adicional a que las partes están facultadas legalmente para determinar las prerrogativas laborales, de ahí que el empleador tenga la posibilidad de reconocer beneficios adicionales a los mínimos consagrados en la ley y desalarizar dichos beneficios siempre que no se desconozcan los conceptos constitutivos de salario, por lo que es obvio que el actor haya conocido las condiciones del contrato, y en tal sentido negó el la reliquidación pretendida.



Como consecuencia de lo anterior, negó la indemnización moratoria al no haber ningún pago pendiente.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

El presente proceso se está estudiando en el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante señor *Oswaldo Riobo Pico* de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., por cuanto la sentencia de primer grado fue adversa a sus pretensiones.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

La sala en primer lugar, analizará si al demandante le asiste el derecho al reintegro a un cargo igual o de similares condiciones tanto laborales como contractuales, junto con el pago de salarios, prestaciones sociales y demás acreencias laborales a las que tenga derecho, desde la fecha del despido y hasta que efectúe el referido reintegro, junto con el pago de la sanción contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, por ser beneficiario de la figura de estabilidad laboral reforzada, pretensiones todas que fueron solicitadas como principales.

De no prosperar el anterior problema jurídico, se deberá auscultar si son procedentes las pretensiones de carácter subsidiario solicitadas, referentes a la sanción por despido sin justa causa, reliquidación de prestaciones sociales y aportes al sistema de Seguridad Social en Pensiones con ocasión de las horas extras, el trabajo suplementario y el bono de mera liberalidad, así como al pago de la indemnización moratoria establecida en el artículo 65 del C.S.T.

c. Del caso en concreto:

Sea lo primero indicar, que no fue objeto de reproche que entre las partes se suscribió un contrato de trabajo a término indefinido, cuyo extremo inicial fue el 12 de septiembre de 2013, en virtud del cual el demandante empezó a desempeñar el cargo de Operador vehículo (Fls. 126 a 129).



Tampoco el hecho que con posterioridad, las partes suscribieron otro si No. 1 al contrato de trabajo, en el que se estableció que el demandante en su condición de trabajador, a partir del 1º de marzo de 2016, desempeñaría el cargo de Auxiliar de Almacén de Dotación con una remuneración salarial mensual de \$1.100.000, en el que se determinó que el extremo inicial de la relación celebrada el 12 de septiembre de 2013 se entendía sin solución de continuidad, y que las partes quedaban a paz y salvo respecto de acreencias laborales derivadas del cargo que el demandante desarrolló como Operador de vehículo (Fls. 132 a 135).

El 1º de abril de abril de 2016 y por cuestiones de reestructuración de cargos, el del accionante se denominó Auxiliar de Almacén Dotación a través de otro si No. 2 suscrito en la misma calenda (Fl. 131).

Luego, el 16 de octubre de 2016, existió una nueva modificación del cargo respecto del demandante, pasando a ser Auxiliar de Almacén a través de otro si suscrito la misma fecha (Fl. 130), relación laboral que se extendió hasta el 4 de julio de 2018 como da fe la carta de terminación del contrato de trabajo visible a folios 46 y 138.

Bajo este escenario, en tratándose de la estabilidad laboral regulada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, el inciso segundo de dicho precepto, fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-531 de 2000, bajo el entendido que carece de todo efecto el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación física, sin que exista autorización previa del Ministerio del Trabajo, y sin que compruebe previamente la configuración de una justa causa.

De esa manera, es claro que la Ley 361 de 1997 busca proteger a las personas con discapacidad, para que no sean despedidas en razón de dicha condición. Por ende, resulta indispensable establecer cuál es el contenido de esta expresión a fin de determinar si la demandante es beneficiaria de las prerrogativas previstas en dicha normativa, la cual consagra:

“NO DISCRIMINACIÓN A PERSONA EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD. En ningún caso la discapacidad de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha discapacidad sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona en situación de discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su discapacidad, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.

“No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su discapacidad, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere



lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren”.

De igual manera, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1360 de 2018, Radicación No. 53394 del 11 de abril de 2018, señaló respecto de la protección especial objeto de estudio, que:

“[...] a juicio de la Sala, debe ser comprendida la protección especial del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues resulta ilógico prohibir el despido del trabajador «por razón de su limitación» y al tiempo vedarlo cuando este fundado en un motivo ajeno a su situación. Si, la sanción tiene como propósito disuadir despidos motivados en el estereotipo de la condición de discapacidad del trabajador, no debería haberla cuando esté basada en una causa objetiva demostrada. A la larga, la cuestión no es proteger por el prurito de hacerlo, sino identificar y comprender los orígenes o causas de los problemas de la población con discapacidad y, sobre esa base, interpretar las normas de un modo tal que las soluciones a aplicar no los desborden o se transformen en otros problemas sociales. Así las cosas, la Corte abandona su criterio sentado en la sentencia CSJ SL36115, 16 mar. 2010, reiterada en SL35794, 10 ago. 2010, en la que se adoctrinó que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 no consagra una presunción legal o de derecho, que permita deducir a partir del hecho conocido de la discapacidad del trabajador que su despido obedeció a un móvil sospechoso.

En la citada providencia la Corte concluyó que:

“[...] el despido de un trabajador en estado de discapacidad se presume discriminatorio, a menos que el empleador demuestre en juicio la ocurrencia real de la causa alegada”.

Ahora bien, frente a la intelección de un requisito *sine qua non* atinente a acreditar mediante un dictamen de pérdida de la capacidad laboral igual o superior al 15%, esto es, que se constituya en una pérdida moderada, severa o profunda, debemos remitirnos a las consideraciones de la sentencia SU-049 de 2017 y lo estimado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3772-2018, Radicación No. 46498 del 5 de septiembre de 2018, en la que señaló:

“Frente a los reproches traídos en el cargo, el Tribunal no incurrió en ningún desvío interpretativo respecto del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, al estimar que la estabilidad laboral reforzada allí prevista no operaba automáticamente en todos los casos, puesto que esta consideración se aviene a la jurisprudencia emitida por esta Corporación, en cuanto a que la ineficacia del despido prevista en la norma requiere la presencia de varios presupuestos, tales como i) que el trabajador padezca de un estado de discapacidad en grado moderado, severo o profundo, independientemente de su origen; ii) que el empleador tenga conocimiento de dicho estado de discapacidad; iii) que el patrono despida al trabajador de manera unilateral y sin justa causa; y iv) que el patrono no solicite la correspondiente autorización del Ministerio del Trabajo.

De igual manera, en dicha providencia, se cita la sentencia SL11411-2017, Radicación No. 67595 del 2 de agosto de 2017 a efectos de establecer que:



“[...] la Corte ha precisado que no es necesario que el trabajador esté previamente reconocido como persona en condiciones de discapacidad o que se le identifique de esa manera en un carné, como el que regula el artículo 5 de la Ley 361 de 1997, pues lo importante es que padezca una situación de discapacidad en un grado significativo, debidamente conocida por el empleador, para que se activen las garantías que resguardan su estabilidad”

Finalmente, no debe soslayarse que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL471-2018, Radicación No. 55933 del 28 de febrero de 2018, señaló:

“No es lo mismo exigir que el estado de discapacidad, razón de la protección reforzada, estuviese estructurado para la fecha de la terminación del contrato de trabajo, como lo hizo el juez de la alzada, a decir, como lo sugiere la censura, que al trabajador se le requirió tener, previamente a la desvinculación, la prueba de la discapacidad con la calificación de su estado por la junta de calificación respectiva, pues ciertamente exigir que se tenga la prueba de dicho hecho previamente al retiro sí resultaría excesivo y desproporcionado para los fines de la garantía en cuestión.”

“[...]”

“No está demás advertir por la Sala que la jurisprudencia laboral distingue entre la condición de incapacidad y la de discapacidad, para efectos de reconocer la garantía de la estabilidad laboral reforzada, a saber:

“Antes de abordar el problema planteado, la Sala precisa que se debe distinguir la condición de discapacidad laboral que significa la pérdida o reducción de una proporción de la capacidad para el trabajo, la cual, dependiendo del grado de la afectación, es posible que el trabajador que la padece pueda ser reubicado laboralmente para seguir prestando el servicio o se le califique la estructuración de una invalidez. Mientras que la incapacidad laboral refiere al deficiente estado de salud del trabajador que le impide prestar el servicio temporalmente y lo hace merecedor de las prestaciones de salud para lograr su recuperación y en dinero que sustituye el salario durante el tiempo en que el trabajador permanece retirado de sus labores por enfermedad debidamente certificada, según las disposiciones legales. Esta puede ser por enfermedad general o con ocasión de la actividad laboral.”

“[...] como lo tiene adoctrinado la jurisprudencia de esta Corporación, no es suficiente por si solo el quebrantamiento de la salud de la trabajadora o el encontrarse en incapacidad médica para merecer la especial protección de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues debe acreditarse que el asalariado al menos tenga una limitación física, psíquica o sensorial y con el carácter de moderada.”

Un entendimiento razonable de la anterior postura señala que las anteriores circunstancias deben estar probadas o padecerse al momento del despido, para poder inferir que esas habrían sido las razones que eventualmente motivaron el despido.

En ese orden de ideas, para la prosperidad de las pretensiones del demandante, se debía acreditar, como primera medida, el supuesto fáctico que la normativa en comento protege, esto es, que ninguna persona en situación de discapacidad sea *despedida* o su *contrato terminado* por razón de su discapacidad, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.



Ahora bien, el Alto Tribunal en sentencia SL2841-2020, Radicación No. 67130 del 22 de julio de 2020, hizo un análisis exhaustivo sobre la estabilidad reforzada regulada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, donde además categorizó una nueva expresión para las personas sobre las que verse esta figura, entendiéndose ésta como ***“discapacidad relevante”***.

De la figura de Estabilidad Laboral Reforzada.

El demandante manifestó en su interrogatorio de parte que en la actualidad es independiente y trabaja como conductor. Que ingresó al servicio de la demandada como Operador de Bus, presentó una enfermedad de vértigo y por orden médica le modificaron el cargo, pasando a ser Almacenista de Dotación, el que desempeñó aproximadamente cuatro años y medio, y después pasó a ser Almacenista de Repuestos.

Que la desvinculación con la demandada se dio porque lo llamaron a descargos el cual no se hizo con el protocolo correspondiente, por cuanto solo fue la abogada de la empresa y él, y se le hicieron una serie de preguntas que respondió sin conocer con que finalidad, puntualizando que los descargos se dieron por el daño de una dotación consistente en tres pantalones y dos camisas, los que alude informó de manera verbal a su jefe y a la persona que hace los arreglos, ya que en el contenedor que él tenía a cargo existía una abertura por lo que el agua se filtraba.

Que igualmente nunca salía con déficits, sino que, por el contrario, su inventario era bueno ya que había personal que cuando culminaba su contrato de trabajo le devolvía la dotación nueva, y manejaba un programa de nombre Siesa el cual nunca fue arreglado para que la dotación que se le devolviera pudiera ser ingresada al sistema.

Indicó que en la diligencia de descargos le explicó a la abogada de la empresa que él desempeñaba dos cargos como lo era el área de Dotación y el de Repuestos, refiriendo que descuidó el área de dotación en un tiempo, por cuanto lo designaron en el área de repuestos, y cuando había entrega masiva debía conseguir dos o tres personas de su confianza para que le colaboraran a entregar la dotación y organizar, reiterando que comunicaba las novedades que sucedían en forma verbal.

Que el día 21 de junio de 2018 compareció a la diligencia de descargos, y se le informó que el motivo de la citación era el incumplimiento de sus obligaciones al no brindar de manera oportuna la información requerida atinente al inventario de dotación, indicando tener responsabilidad del informe de inventario de dotación, y también se le citó por el presunto incumplimiento de no ejercer las obligaciones de los botiquines que deben portar los Operadores de Bus, pero aclarando que tiempo atrás había realizado



la solicitud de compra de los mismos e incluso había remitido un correo electrónico a su jefe sobre lo referente.

Que para el momento de la terminación del contrato de trabajo no contaba con calificación de pérdida de capacidad laboral, al igual que no recuerda si el bono pactado en el contrato de trabajo era de carácter salarial, aclarando que solo se determinó para los Operadores de Bus. Dijo que desempeñó funciones de Operador de Bus hasta el mes de septiembre de 2014, y que, si bien le consignaron un pago por concepto de liquidación, no sabe si los valores pagados están ajustados a derecho como quiera que nunca le dieron comprobante discriminado de lo pagado.

Por último, refirió que después de suscribir la carta de terminación del contrato de trabajo, acudió al servicio de urgencia y obtuvo una incapacidad a la hora de las seis de la tarde del día 4 de julio de 2018, actuar que sucedió porque con ocasión de la renuncia se sintió mal y tuvo que acudir al médico.

Atendiendo los parámetros legales y jurisprudenciales, de entrada advierte la Sala que la figura de la estabilidad laboral reforzada no se configuró dentro del presente asunto a efectos de proceder con el reintegro pretendido.

Nótese que como lo dispuso el fallador de instancia, el actor al momento de la finalización de la relación laboral no contaba con una discapacidad relevante en atención de los grados establecida para la misma.

Ello por cuanto, si bien se encuentra demostrado que para el 10 de octubre de 2014 al demandante la IPS Virrey Solís le emitió una recomendación médica atinente a un cambio de trabajo por el vértigo presentado (Fl. 17), situación que se acompasa con la historia clínica (Fls. 31 a 38), ese aspecto no puede ser entendido como un impedimento en responsabilidad del empleador para que opere la figura de la estabilidad laboral reforzada, como quiera que la patología presentada por el señor *Oswaldo Riobo Pico* no demuestra un grado de *limitación relevante* que conlleve a determinar a la Sala que en efecto sufre una deficiencia considerable para el amparo perseguido, ya que dentro del plenario no obra prueba sobre una pérdida de capacidad laboral, aspecto que incluso el demandante confesó en el interrogatorio de parte.

Sumado a lo anterior, debe destacarse que como también lo confesó el mismo actor, en virtud de la patología de vértigo padecida, fue que la demandada realizó el cambio de actividad del demandante, pasando de Operador de Bus a Auxiliar de Almacén de Dotación, luego Auxiliar de Almacén de Dotación C y por último Auxiliar de Almacén C, cargos que denotan que su quebranto de salud en nada impedía el desarrollo de sus



funciones al habersele asignado funciones diferentes a las establecidas inicialmente como conductor.

Otro tópico a resaltar, es que a pesar de que en efecto obre copia de una incapacidad médica del demandante para los días 4 y 5 de julio de 2018, esto es, desde el día del finiquito de la relación laboral, no es prueba para que se determine la figura alegada conforme se expuso precedencia, máxime si se tiene en cuenta que como lo manifestó el demandante, las incapacidades sucedieron luego de que terminado el contrato, de ahí que se entienda que el empleador no tenía conocimiento al respecto, aspectos todos por lo que la decisión de primer grado se confirmar por este aspecto y en tal sentido, no hay lugar al estudio de la sanción dispuesta en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Por consiguiente, se abordarán las pretensiones subsidiarias.

Del despido sin justa causa.

Respecto a la demostración de la terminación del contrato de trabajo por despido sin justa causa, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reiterada jurisprudencia, tales como la sentencias SL2053-2020, Radicación No. 79903 del 17 de junio de 2020, SL1254-2020, Radicación No. 67750 del 15 de abril de 2020, SL586-2020, Radicación No. 66993 del 26 de febrero de 2020, entre otras, ha enfatizado que le corresponde al trabajador demostrar el despido, y al empleador la justa causa invocada para la terminación del contrato de trabajo.

Obra dentro del plenario, carta de terminación del contrato de trabajo realizada por la demandada de calenda 4 de julio de 2018 (Fls 46 y 138), cuya referencia se define como “*Terminación de la Relación Laboral – Justa Causa*”, que fuese suscrita por la Gerente de Gestión Humana de la empresa, por lo que es palmario que el demandante hubiese probado el despido conforme a las reglas jurisprudenciales, por lo que la Sala se adentra a determinar si las causales allí indicadas se enmarcan como una terminación justa del contrato de trabajo.

La motivación del vínculo se realizó bajo el entendido que:

“En atención al resultado del inventario final de dotación, en el que se evidencia las inconsistencias respecto de la existencia física, así como la falta de vigilancia, control y custodia que ocasionó una gran pérdida de prendas de vestir en mal estado, lo que deviene en un incumplimiento de las funciones de su cargo, causado con ellos graves perjuicios y contingencias para la compañía.

“En consecuencia, en aras de establecer si las circunstancias derivadas de los incumplimientos, la responsabilidad del trabajador y sus consecuencias se realizó juicio de razonabilidad de los hechos con relación a la diligencia de descargos celebrada y las pruebas aportadas; determinando que una vez valorada la



situación, dentro de la diligencia de descargos, usted no desvirtuó el incumplimiento a las obligaciones laborales siendo todas estas conductas violatorias de lo dispuesto en el Contrato Individual de Trabajo y Reglamento Interno de Trabajo, en concordancia con lo establecido en el numeral 6 del literal a) del artículo 62, numeral 4 del artículo 60 y lo dispuesto en el numeral 1, 3 y 5 del artículo 58, todas del Código Sustantivo de Trabajo.”

De lo anterior, se puede colegir que los hechos motivo del despido fueron concretos y precisos para dar por culminada la relación laboral, sin dejar por alto que la encartada hizo uso de las disposiciones legales y reglamentarias.

Como ya se mencionó, (i) yace copia del contrato individual de trabajo suscrito el 12 de septiembre de 2012, donde el demandante empezó a desempeñar el cargo de Operador de Vehículo Tipo Bus, consistente en desempeñar las labores de Operario de los vehículos de transporte que el empleador le asigne y que se encuentren destinados al transporte de pasajeros del DITP Zona Usme (Fls. 126 a 129), (ii) las partes suscribieron otro si No. 1 al contrato de trabajo, donde se estableció que el aquí demandante en su condición de trabajador, a partir del 1º de marzo de 2016, desempeñaría el cargo de Auxiliar de Almacén Dotación (Fls. 132 a 135), (iii) el 1º de abril de abril de 2016 y por cuestiones de reestructuración de cargos, el empleo del demandante se denominó Auxiliar de Almacén Dotación C a través de otro si No. 2 suscrito en la misma calenda (Fl. 131), y, (iv) el 16 de octubre de 2016, existió una nueva modificación del cargo respecto del demandante, pasando a ser Auxiliar de Almacén C a través de otro si suscrito la misma fecha (Fl. 130).

De los cargos posteriores al de Operador de Vehículo, es decir, los atinentes a Auxiliar de Almacén Dotación, Auxiliar de Almacén Dotación C y Auxiliar de Almacén C, en la cláusula primera del otro si suscrito el 1 de marzo de 2016, se estableció:

“CLÁUSULA PRIMERA: -OBJETO: EL TRABAJADOR a partir del martes, 01 de marzo de 2016 desempeñará el cargo de **AUXILIAR DE ALMACÉN DOTACIÓN** cumpliendo las funciones establecidas en **FORMATO DE DESCRIPCIÓN Y PERFIL DEL CARGO** que se le da a conocer y hace parte integral de este OTROSÍ y quien además del desarrollo del objeto del contrato, se compromete a desarrollar todas y cada una de las obligaciones y actividades que estén contempladas en el manual de funciones internas que de la compañía, otros reglamentos incluyendo el de trabajo, pero especialmente el Contrato de Concesión 011 de 2010 y el manual de operaciones del componente zonal del SITP emitido por TRANSMILENIO S.A., documentos que declara conocer **EL TRABAJADOR**, por ser la fuente efectiva y directa de las obligaciones y responsabilidades de TRANZIT S.A.S. en su objeto de prestar el servicio de transporte dentro del esquema SITP”.

Al unísono, a folios 144 a 147 obran los documentos de Descripción y Perfil del Cargo para el Auxiliar Almacén Dotación y Auxiliar de Almacén, cuyas funciones propias del cargo en términos generales se encuentran las de “Organizar la mercancía de manera óptima para evitar posibles daños”, “Registrar salidas y entradas de inventario en el



SIESA”, “*Guardar y resguardar la mercancía contenida en el almacén*”, entre otras funciones.

Seguidamente, obra copia del acta de descargos que se le efectuare al actor el día 21 de julio de 2018 (Fls 136 a 137). En dicha acta se expone en el acápite de hechos: “*Presunto incumplimiento derivado de las obligaciones en el contrato laboral y reglamento interno, al o brindar de manera oportuna la información requerida (inventario dotación) causando reproceso en la gestión que se debe adelantar para su consecución*”.

En la respuesta a lo dicho, el actor manifestó ser consciente del error cometido, aduciendo que llevaba cuatro años en el área de dotación y era la primera vez que le sucedía un error de esas magnitudes, situación que ocurrió por estar manejando tanto el área de almacén como de dotaciones.

Por lo expuesto, resulta ser claro para la Sala la aceptación del incumplimiento de las obligaciones del cargo del demandante y que este mismo aceptara en la diligencia de descargos, situación que se acompasa con la confesión que realizara en el interrogatorio de parte que se le practicó, pues adujo que en efecto la falta se había cometido al perderse algunas prendas que eran de su responsabilidad, por lo que atendiendo lo establecido en el Parágrafo Primero de la Cláusula Tercera del contrato de trabajo suscrito el 12 de septiembre de 2013, la cual reza “*Además de las justas causas establecidas en los Artículos 62 y 63 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 7 del Decreto 2351 de 1965, el incumplimiento por parte de **EL TRABAJADOR** de cualquiera de las obligaciones o prohibiciones impuestas en este contrato, aún por una sola vez, se consideran como falta grave y en consecuencia ocasionan la terminación unilateral del contrato con justa causa por parte de **EL EMPLEADOR**. Lo anterior sin perjuicio de las acciones legales que con su conducta puedan originarse*”, es palmario que la terminación del contrato de trabajo se encuentra ajustado a derecho en tanto se dio por las prohibiciones y responsabilidades establecidas dentro del contrato de trabajo, de ahí que sea justa, precisándose además que, como lo ha sostenido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en reiterada jurisprudencia, siendo una la SL2309-2020, Radicación No. 81231 del 7 de julio de 2020, al haberse calificado las faltas del actor derivado del Reglamento Interno de Trabajo y demás disposiciones, ya existió una calificación de las conductas ajustadas a derecho.

De la reliquidación de prestaciones sociales y aportes al sistema de seguridad social en pensión.

La parte demandante solicita la reliquidación de prestaciones sociales como consecuencia del pago de horas extras y trabajo suplementario.



La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha establecido la necesidad probatoria de la parte demandante en demostrar la causación del trabajo suplementario, sentencias con Radicaciones SL44-67-2020, Radicación No. 49954 del 18 de noviembre de 2020, SL4329-2020, Radicación 81840 del 27 de octubre de 2020, SL3619-2020, Radicación No. 81233 del 29 de septiembre de 2020, entre otras.

De las pruebas arrojadas por la parte demandante, sea aprecia que a folios 47 a 53 aparece la relación de turnos que efectuara el demandante para los meses de febrero, mayo y abril de 2018 que refleja pago de horas extras, y confrontados los desprendibles de nómina que aportara el mismo demandante (Fls. 54 a 61), se observa que en efecto se realizó el pago de estos conceptos, incluso así lo refleja la constancia de las planillas *miplanilla.com* que dan fe que al demandante se le efectuaban aportes superiores al salario básico que devengaba el actor (Fls. 182 a 188), por lo que resulta palmario la improcedencia de esta condena, máxime si se tiene en cuenta que tan solo se demostraron horas extras sobre los periodos anteriormente referidos.

Del bono por mera liberalidad.

El contrato de trabajo, en su cláusula quinta dispuso:

“BENEFICIOS O AUXILIOS HABITUALES U OCASIONALES QUE NO CONSTITUYEN SALARIO. Las partes acuerdan que de conformidad con el artículo 15 de la Ley 50 de 1990 inciso segundo, cualquier beneficio o auxilio otorgado unilateralmente y por mera liberalidad de EL EMPLEADOR tales como alimentación, habitación, vestuario, medios de transporte, primas extralegales de vacaciones, navidad y en general cualquier otra clase de reconocimiento en dinero o en especie diferente del salario ordinario o fijo, que EL EMPLEADOR reconozca al trabajador durante la vigencia del presente contrato, no retribuyen el servicio y por ende no constituyen salario ni en dinero ni en especie y no tienen efecto prestacional alguno, de la misma manera EL EMPLEADOR por su mera liberalidad podrá reconocer al trabajador, premios, resultados, tanto individuales como grupales sin que constituyan salario PARÁGRAFO PRIMERO: Las partes acuerdan un AUXILIO que no constituirá salario por un valor de DOSCIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$200.000), que dependerá de los indicadores que el área de operación incluya para dicha función y de acuerdo a la tipología del vehículo que se le asigne”.

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



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

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

“CRITERIOS PARA DELIMITAR EL SALARIO

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

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

“[...]

“LOS DENOMINADOS PACTOS NO SALARIALES

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

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

“Si, con arreglo al artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, es salario «todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte», sumado a que



el derecho del trabajo, es por definición, un universo de realidades (art. 53 CP), no podrían las partes, a través de acuerdo, contrariar la naturaleza de las cosas o disponer que deje de ser salario algo que por esencia lo es. Así, independientemente de la forma, denominación (auxilio, beneficio, ayuda, etc.) o instrumento jurídico que se utilice, si un pago se dirige a retribuir el trabajo prestado, es salario.

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

“[...]”

“LAS CARGAS PROBATORIAS DE LA EMPRESA

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

Descendiendo al caso de marras, y en atención a la interpretación jurisprudencial que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha dado sobre los rubros como constitutivos de salario, más allá de las estipulaciones pactadas por las partes, debe efectuarse un análisis minucioso encaminado a determinar si en efecto los presuntos rubros son destinaciones directas del salario.

La cláusula es precisa en indicar que el auxilio era para aquellos trabajadores que tuvieran el cargo de Operadores de Vehículos, como lo fue el caso del actor, situación que se descontextualizó con posterioridad, toda vez que como se analizó a lo largo de estas consideraciones, el actor por su condición de salud tuvo que ser reubicado en un cargo diferente al de Operador de Bus a partir del 1 de marzo de 2016, como lo fue el de Auxiliar de Almacén Dotación, luego Auxiliar de Almacén Dotación C y por último Auxiliar de Almacén C, y si bien su salario aumentó con estos cargos, nada se dijo en los otros si respecto del auxilio perseguido; circunstancia por la cual, atendiendo los postulados jurisprudenciales, al haberse extinguido la condición de dicho auxilio por haber existido una mutación de cargos, el auxilio no puede ser entendido como un ingreso que haya sido parte íntegra del salario del actor, pues ese concepto no se canceló desde el mes de marzo de 2013, por lo que resulta inoperante tenerlo como pago constitutivo de salario.

De la indemnización moratoria.

Por la negativa de la reliquidación de prestaciones sociales y aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensión, no hay lugar a estudiar dicha pretensión.



Por todas las razones anotadas, la sentencia de primer grado habrá de confirmarse en su integridad. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:


PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 12 de febrero de 2020 por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

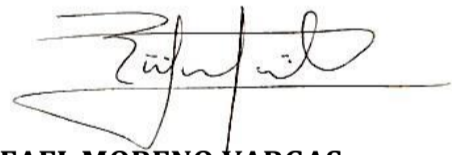
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



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

Ordinario Laboral 1100131050 23 2019 00577 01
Demandante: MARTHA HERRERA TRONCOSO
Demandado: COLPENSIONES Y SKANDIA S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., diez (10) de diciembre de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA:

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por *Colpensiones*, y *Old Mutual S.A*, hoy *Skandia S.A*, así como el grado jurisdiccional de consulta en beneficio de *Colpensiones*, respecto de la sentencia proferida el 8 de julio de 2020 por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, toda vez que fue condenada y La Nación funge como su garante.

I-. ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Martha Herrera Troncoso* formuló demanda ordinaria laboral a efectos que se declare la nulidad del traslado efectuado a *Old Mutual S.A*, toda vez que en la etapa precontractual no se le brindó la información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales; en consecuencia, se declare la nulidad de dicho traslado, se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a *Colpensiones* a tener entre sus afiliados a la demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, como si nunca se hubiera trasladado en virtud del regreso automático, se condene a la devolución por la AFP de los consignado en la cuenta de ahorro individual, más las costas y agencias en derecho, junto con aquello que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:



En respaldo de sus pretensiones expuso que se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 17 de julio de 1995, sin obtener una información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas que se otorgaban en ambos regímenes.

Precisa que *Old Mutual S.A*, hoy *Skandia S.A* realizó una simulación pensional, arrojando como resultado una mesada pensional para el año 2020 de \$4.056.831, mientras en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida ascendería a la suma de \$7.625.932.

Aduce igualmente que radicó derecho de petición ante *Colpensiones* el 27 de mayo del 2019, frente a lo cual dicha entidad mediante comunicación del 28 de mayo del 2019 negó el traslado de régimen.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones se opuso a las pretensiones incoadas en su contra aduciendo que el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad cuenta con plena validez, máxime que obra como soporte el pago de cotizaciones efectuadas por la demandante a dicho fondo, de manera libre, espontánea y voluntaria, además no milita soporte alguno en el expediente que demuestre lo contrario, ni la existencia de vicios del consentimiento.

Propuso y sustentó como excepciones de mérito las que denominó cobro de lo no debido, prescripción, falta de causa para demandar, presunción de legalidad de los actos jurídicos, buena fe en las actuaciones de *Colpensiones*, inexistencia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 de la Constitución, el hecho de un tercero, calidades del demandante para conocer las consecuencias de su traslado y la genérica.

Por su parte, *Old Mutual S.A*, hoy *Skandia S.A* se opuso a la prosperidad de las pretensiones señalando que la selección del régimen es libre y voluntaria por parte del afiliado, por lo que en tal sentido, al seleccionar el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, la demandante aceptó todas y cada una de las condiciones propias de dicho régimen, conforme lo dispone la Ley 100 de 1993 y sus Decretos Reglamentarios.



Formuló como medios exceptivos los que denominó el demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ausencia de falta al deber de asesoría e información y los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante, prescripción, buena fe y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, en providencia del 8 de julio del 2019, declaró la ineficacia de la afiliación o traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; condenó a *Old Mutual S.A*, hoy *SKANDIA S.A*, a devolver o trasladar a *Colpensiones*, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta de ahorro individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C, esto es, con los rendimientos que se hubiere causado, sin la posibilidad de efectuar el descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia del traslado del régimen pensional; declaró que la demandante para todos los efectos legales pensionales, se encuentra afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado en su momento por el extinto Instituto de Seguros Sociales, hoy *Colpensiones*; declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a la demandada.

Lo anterior por cuanto consideró que la AFP vulneró el deber de información conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 y el artículo 1604 del C.C., por cuanto es obligación de las Administradoras de Pensiones brindar la información completa, suficiente y necesaria sobre las ventajas, desventajas, implicaciones y consecuencias que conllevaría el traslado de régimen pensional; que la AFP accionada no cumplió con la carga probatoria, pues la simple suscripción del formulario de afiliación es insuficiente, motivo por el cual es procedente la declaratoria de ineficacia del traslado, independientemente de que la promotora



de la litis no sea beneficiaria del régimen de transición, ni tenga un derecho consolidado ni estar próximo a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Old Mutual S.A, hoy *Skandia S.A* presenta recurso de apelación aduciendo que frente a la ineficacia del traslado no es dable disponer la devolución de los rendimientos generados en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, en tanto aquello no se consagran en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida; consideración que también se predica frente a los gastos de administración, los cuales están previstos en la ley, y los montos destinados a cubrir los seguros por invalidez, vejez y muerte; por ende, la decisión de primer grado implica un detrimento injustificado del patrimonio de la AFP.

De otra parte, *Colpensiones* en su recurso de alzada aduce que la afiliación es totalmente válida, en tanto se ajusta a los presupuestos normativos que regulan la materia; de otra parte, de conformidad al artículo 2º de la Ley 797 del 2003, que modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, la afiliada no puede trasladarse al faltarle menos de 10 años para pensionarse. Además del interrogatorio de parte se puede constatar que no existió un error de hecho sino de derecho, mismo que fue subsanado con el transcurrir del tiempo frente a su vocación de permanencia; finalmente, que el traslado afectaría los intereses de la accionada al tener que conceder la pensión.

VI.- CONSIDERACIONES:

a. Tramite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:



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

c. Del caso en concreto:

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

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

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



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

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

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

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un*



derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación No. 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

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

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación a *Old Mutual S.A*, hoy *Skandia S.A* del 14 de julio de 1995 (Fl 12) en el cual si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema



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

Por otra parte, en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que se le haya brindado la información necesaria a fin que tomara una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional, *a contrario sensu*, aseguró que se realizó una reunión privada en el Banco en el que trabajaba, en la cual un asesor le indicó que debía trasladarse a un fondo privado por cuanto el entonces Instituto de Seguros Sociales se iba a liquidar, además que se podía pensionar cuando quisiera e iba a tener una mejor mesada, sin explicarle el motivo de tales afirmaciones.

Por ende no se demostró que la actora recibiera al momento del traslado ilustración sobre aspectos como las características de cada régimen, la forma de cálculo de la mesada pensional, el monto aproximado de capital necesario para causar su derecho, rentabilidad del capital, aportes voluntarios, incidencia en el monto pensional de la edad de los posibles beneficiarios, las diversas modalidades de pensión de vejez y sus características; y conforme el artículo 1604 del Código Civil la diligencia en el cumplimiento de dicha obligación corresponde a las AFP, así lo ha señalado la Sala Laboral de la Corte Suprema en sus sentencias, entre ellas la SL1689-2019:

“Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.

“En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.



Cabe señalar que, al no acreditarse por parte de la AFP que suministrara la información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica al incumplimiento de ese deber es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, así lo expresó la CSJ en sentencia SL3464-2019:

“En sentencia CSJ SL1688-2019 la Corte precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

“En la citada providencia, la Corte recordó que la ineficacia se caracteriza porque desde su nacimiento el acto carece de efectos jurídicos, es decir, este instituto excluye o le niega toda consecuencia jurídica. Según este concepto, la sentencia que declara la ineficacia de un acto no hace más que comprobar o constatar un estado de cosas (la ineficacia) surgido con anterioridad al inicio de la litis.”

En lo que respecta a la carga probatoria, justo resulta tener en cuenta lo expresado por la Sala de Casación Laboral en sentencia SL1452-2019 en donde trae a colación su tesis que indica que las AFP tienen el deber de proporcionar la información completa y comprensible en materias de alta complejidad y no es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, en los siguientes términos:

“Paralelamente, 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.

“Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.”



En cuanto a la vulneración del principio de sostenibilidad financiera al declarar la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL3464 Radicación 76.284 de fecha 14 de agosto de 2019, señaló:

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

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

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

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



Ahora bien, respecto de la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, incluidos los gastos de administración y las primas de la aseguradora, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

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

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

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

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

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que los fondos privados no verifiquen la devolución de los gastos de administración ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a *Colpensiones*, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

Como quiera que el presente proceso se analiza en el grado jurisdiccional de consulta a favor de *Colpensiones*, en lo atinente a la excepción de prescripción, se recuerda que tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la*



posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”, motivo por el cual la excepción resulta impróspera.

Como corolario de lo anterior se confirmará en su integridad la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia.

V.- DECISIÓN:

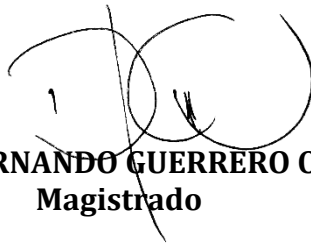
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 8 de julio del 2020, por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario de la referencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.


NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



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

Ordinario Laboral 1100131050 29 2019 00551 01
Demandante: FABIAN ALBERTO GARCÍA CASTAÑEDA
Demandado: COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A Y COLFONDOS
S.A
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., diez (10) de diciembre de dos mil veinte (2020).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de Colpensiones, a la abogada Alida del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con cédula de Ciudadanía 37.627.008, y T.P. 221.228 del C.S.J., en los términos y facultades del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar en el grado jurisdiccional de consulta en beneficio de *Colpensiones* la sentencia proferida el 31 de agosto del 2020 por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, toda vez que fue condenada y La Nación funge como su garante.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *Fabian Alberto García Castañeda* interpuso demanda ordinaria laboral en contra de *Protección S.A, Colfondos S.A* y *Colpensiones* a efectos que de declare la ineficacia de la afiliación del demandante a *Colfondos S.A* a partir del 1º de octubre de 1994; se declare para todos los efectos legales que el demandante jamás se ha trasladado de régimen y se declare la ineficacia de la afiliación del demandante a *Protección S.A.*



En consecuencia, solicita se condene a *Protección S.A* y *Colfondos S.A* a devolver a *Colpensiones* los valores correspondientes a las cotizaciones y rendimientos debidamente indexados, junto con los gastos de administración; se condene a *Colpensiones* a aceptar el traslado del demandante y se condene a las demandadas al pago de las costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones expuso en síntesis que nació el 7 de septiembre de 1961; que el 28 de agosto de 1985 se vinculó al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y desde septiembre de 1992 fue vinculado a la DIAN; que para 1994 se encontraba afiliado a CAJANAL y el 22 de septiembre de 1994 suscribió el respectivo formulario de afiliación a *Colfondos*.

Precisa que, para la formalización de la afiliación, no recibió ningún tipo de información, capacitación o formación sobre el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, incumpliendo *Colfondos S.A.* con el deber de información. Agrega que el 16 de noviembre del 2001 se trasladó a *Protección S.A.*, entidad que tampoco le suministró ninguna información.

Con fundamento en lo anterior el 16 de abril del 2019, radicó un derecho de petición ante *Protección S.A* solicitando retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin embargo, el 10 de mayo del 2019 dicha entidad denegó su solicitud. En igual sentido, radicó el mismo pedimento ante *Colpensiones*, entidad que también negó su pretensión el 26 de abril del 2019.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones operó la *litis constestatio*, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, alegando que ninguna tiene vocación de prosperidad por carecer de fundamento fáctico y jurídico, en tanto goza de validez el traslado de régimen sin acreditar vicios del consentimiento.



Propuso y sustentó como excepciones de mérito las que denominó inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa y título para pedir, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción y la genérica.

Protección S.A., en su escrito de contestación se opuso a las pretensiones, enervando como fundamento que el demandante se suscribió a la AFP de forma libre y voluntaria, sin que se evidencie situación anómala o constreñimiento por parte de los asesores.

Formuló como medios exceptivos los que denominó declaración de manera libre y espontánea del demandante al momento de la afiliación a la AFP, buena fe por parte de *Protección S.A.*, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia por falta de afiliación, prescripción y la genérica.

Con auto del 3 de marzo del 2020, se tuvo por no contestada la demanda de parte de *Colfondos S.A.*

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El 31 de agosto del 2020 el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia de la afiliación o traslado del régimen pensional a *Colfondos S.A* y *Protección S.A.*, permaneciendo en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, ordenando a las AFP demandadas reintegrar a *Colpensiones* todos los valores recibidos por motivo de la afiliación, como cotizaciones, y rendimientos, sin lugar a descuento alguno, absteniéndose de imponer condena en costas.

Para tal efecto señaló que se vulneró el deber de información conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, por cuanto la AFP accionada no cumplió con la carga de la prueba en demostrarlo, por lo cual no le suministró a la actora las características propias de cada uno de los regímenes pensionales



concretándolos a la situación fáctica y jurídica de la afiliada, teniendo en cuenta además que no se le explicó que la mesada pensional sería menor a la que devengaría en el Instituto de Seguros Sociales, hoy *Colpensiones*.

Agregó, que la única documental allegada al plenario fue el formulario de afiliación de la promotora de la litis, frente al cual la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, ha indicado que la simple suscripción no acredita el deber de información; y frente a la línea jurisprudencial referida a los beneficiarios del régimen de transición o frente a un derecho consolidado, en las últimas providencias ha determinado que aquella no está supeditada a dicha condición particular, sino que se debe analizar si se cumplió con el deber de información en el momento de la afiliación.

III.- GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Como quiera que la sentencia fue adversa a las pretensiones de *Colpensiones* y La Nación funge como su garante, el presente proceso será analizado en el grado jurisdiccional de consulta.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:



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

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

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



irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

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

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

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



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

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

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

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

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



Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación del 22 de septiembre de 1994 a *Colfondos S.A* (Fl 62) y a *Protección S.A* del 1° de enero del 2001 (Fl 125), siendo el primero de los enunciado el que implicó un traslado de régimen pensional, en el que si bien se indica que fue firmado de forma libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Por otra parte, en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que se le haya brindado la información necesaria a fin de tomar una decisión consiente y realmente libre sobre su futuro pensional, expresando que a la fecha del traslado estuvo en una reunión grupal en la cual le dijeron que había un cambio de administración, más no entendió que fuera un traslado de régimen, pues era inminente que se liquidaría CAJANAL, pero no hubo mayores detalles, ni información clara del cambio de régimen, proyecciones o elementos técnicos.

Del material probatorio es claro que no se acreditó que la actora haya recibido ilustración sobre aspectos tales como las características de cada régimen, la forma de cálculo de la mesada pensional, el monto aproximado de capital necesario para causar su derecho, rentabilidad del capital, incidencia en el monto pensional de la edad de los posibles beneficiarios, las diversas modalidades de pensión de vejez y sus características; y conforme el artículo 1604 del Código Civil la diligencia en el cumplimiento de dicha obligación corresponde a las AFP, así lo ha señalado la Sala Laboral de la Corte Suprema en sus sentencias, entre ellas la SL1689-2019, en la que refirió:

“Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras



de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.

“En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

Respecto de la ratificación del acto invocando el artículo 898 del Código de Comercio, se precisa que el traslado de AFP en el mismo régimen no convalida el acto inicial de traslado de régimen, y al no acreditarse por parte de las AFP que suministraran la información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de sus actos, la sanción jurídica al incumplimiento de ese deber, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, así lo expresó la CSJ en sentencia SL3464-2019:

“En sentencia CSJ SL1688-2019 la Corte precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

“En la citada providencia, la Corte recordó que la ineficacia se caracteriza porque desde su nacimiento el acto carece de efectos jurídicos, es decir, este instituto excluye o le niega toda consecuencia jurídica. Según este concepto, la sentencia que declara la ineficacia de un acto no hace más que comprobar o constatar un estado de cosas (la ineficacia) surgido con anterioridad al inicio de la litis.”

Frente a la devolución de los gastos de administración y primas de aseguradoras, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

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

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro



individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2022, refirió:

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

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que los fondos privados no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a *Colpensiones*, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, aunado a que la aquí demandante ostenta la calidad de afiliada y por ende no afectó las primas por los riesgos de invalidez o sobrevivientes.

De otra parte, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *"la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción"*, motivo por el cual, la excepción de prescripción resulta impróspera.

Como corolario de lo anterior se confirmará en su integridad la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia.

VI.- DECISIÓN:



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

RESUELVE:

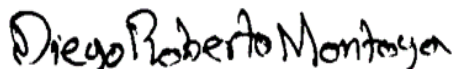
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 31 de agosto del 2020, por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario de la referencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



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

Ordinario Laboral 1100131050 32 2018 00694 01
Demandante: DIEGO ALEJANDRO HUERTAS VALERO
Demandado: FRIGORÍFICOS BLE LTDA., K W SERVICIOS INTEGRADOS
S.A.S y GREEN COMPANY S.A.S.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., diez (10) de diciembre dos mil veinte (2020).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 6 de marzo de 2020 por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *Diego Alejandro Huertas Valero*, promovió demanda ordinaria en contra de *Frigoríficos Ble Ltda., K W Servicios Integrados S.A.S. y Green Company S.A.S.*, con la finalidad que se declare la existencia de un contrato de trabajo con las encartadas por el periodo comprendido entre el 26 de noviembre de 2014 y el 31 de diciembre de 2017, el cual finalizó sin justa causa. En virtud de ello, se condene al reintegro a su puesto de trabajo.

Como pretensión subsidiaria, solicitó se condene a las demandadas al pago de costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que ingresó a laborar a *KW Servicios Integrados Ltda.*, hoy en día *Green Company*, el 26 de noviembre de 2014, temporal que lo remitió a desempeñar labores a *Frigoríficos Ble Ltda.*, en la cual laboró hasta el 31 de diciembre de 2017, cuando terminó el contrato de trabajo.

Que la razón de la temporal para haber dado por terminado la relación laboral, fue en razón de la expiración de la obra o labor contratada. Relató que el 16 de marzo de 2015, dentro del desarrollo de sus actividades, se encontraba haciendo una prueba de



funcionamiento a una máquina conocida como la escaladora de patas, cuando sufrió un golpe en la frente, de ahí que haya venido padeciendo fuertes dolores de cabeza, sonidos en la audición, visión borrosa, dolor a un costado de la cara, sensación de hormigueo en las manos, intranquilidad e inseguridad.

Indicó que la Junta Regional de Calificación de Invalidez mediante dictamen del 6 de mayo de 2016, le calificó una pérdida de capacidad laboral del 8.9%, como de origen laboral, y en virtud de ello, *KW Servicios Integrados Ltda.* por recomendaciones emitidas por la EPS Famisanar, en el mes de abril de 2016, lo reubicó de cargo, empezando a desempeñar las funciones de Archivo, Digitación y Apoyo en orden y aseo del área de trabajo; que el 11 de abril de 2018 la EPS Famisanar emitió dictamen médico de valoración psiquiatría, diagnosticándole una pérdida de capacidad laboral en un 34.7%.

Que ha permanecido incapacitado por periodos de hasta de 15 días; que su salario durante los últimos tres meses fue de \$1.461.529, siendo el encargado de la manutención de su familia, la cual se compone su cónyuge y sus dos hijos menores de edad.

Por último, refirió que en razón al despido sin justa causa se vio obligado a iniciar acción de tutela en contra de *Frigoríficos Ble Ltda.* y *KW Servicios Integrados S.A.S.*, hoy *Green Company*, por lo que el Juzgado Sexto Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá amparó sus derechos fundamentales, ordenando a las encartadas a reintegrarlo en el cargo de manera transitoria, decisión que fue confirmada en segunda instancia por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Frigoríficos Ble Ltda., manifestó en su contestación que nunca tuvo vínculo laboral con el demandante, así como que este fue recibido como trabajador en misión el 26 de noviembre de 2014 para desempeñar labores de Mecánico en el área de mantenimiento, sin que le conste la terminación del contrato de trabajo entre *K W Servicios Integrados S.A.S.*, ignorando si dicha Empresa de Servicios Temporales en la actualidad se denomina *Green Company Sociedad Por Acciones Simplificadas*.

Igualmente, precisó que el 31 de diciembre de 2017 se culminó el contrato comercial con la Empresa de Servicios Temporales *K W Servicios Integrados S.A.S.*

Propuso las excepciones de inexistencia de la relación laboral con el demandante, inexistencia de solidaridad de las obligaciones laborales que tenga o pueda haber tenido *K W Servicios Integrados S.A.S.* para con el demandante, inexistencia de requisitos para la estabilidad reforzada, inexistencia a la fecha de oferta mercantil entre *Frigoríficos Ble*



Ltda. y K W Servicios Integrados S.A.S., falta de legitimación en la causa por pasiva, cobro de lo no debido, buena fe y prescripción.

La demandada *Green Company S.A.S.*, contestó la demanda exponiendo que nunca ha existido un vínculo contractual de ninguna naturaleza con *K W Servicios Integrados S.A.S.*, aunado a ello que tan solo nació a la vida jurídica el 1º de enero de 2018, por lo que nunca hizo parte de la relación laboral alegada por el demandante, de ahí que resulten imprósperas las pretensiones formuladas en su contra.

Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de causa y cobro de lo no debido, enriquecimiento sin causa, compensación, buena fe, prescripción y genérica.

K W Servicios Integrados S.A.S. expuso que no es una Empresa de Servicios Temporales, habida cuenta que su objeto social se circunscribe a proveer servicios integrados especializados mediante la celebración de contratos regulados por la ley comercial, diferentes al envío de personal en misión.

Que suscribió un contrato de trabajo con el demandante bajo la modalidad de obra o labor contratada el día 26 de noviembre de 2014, prestando sus servicios personales en desarrollo del contrato de prestación de servicios que suscribió con *Frigoríficos Ble Ltda.*

Puntualizó que, durante la ejecución y finalización del vínculo laboral, al demandante se le pagó el valor completo de todos sus salarios, prestaciones sociales, vacaciones, así como también, realizó los respectivos aportes a seguridad social, con base en las sumas que efectivamente debieron tenerse en cuenta para el efecto. Que el vínculo que ató a las partes culminó por una justa causa como lo fue la finalización de la obra o labor por la que se le contrató, por lo que no era menester de acudir ante el Ministerio del Trabajo para proceder con el finiquito.

Formuló las excepciones de inexistencia de la estabilidad laboral reforzada del demandante, inexistencia de la obligación, falta de causa y cobro de lo no debido, enriquecimiento sin causa, compensación, buena fe, prescripción y genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 6 de marzo de 2020, declaró probadas las excepciones de inexistencia de la relación laboral entre *Frigoríficos Ble Ltda.* y el demandante, al igual que la falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de *Frigoríficos Ble Ltda.*, así como la falta de legitimación en la causa por pasiva e inexistencia de la obligación formuladas por *Green Company S.A.S*



y la de inexistencia de la estabilidad laboral reforzada formulada por *K W Servicios Integrados S.A.S.*

Asimismo, declaró que entre *K W Servicios Integrados S.A.S.* y el demandante existió un contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 26 de noviembre de 2014 y el 31 de diciembre de 2017, que tuvo fin por la culminación de la obra o labor contratada, pero que en razón al fallo proferido por el Juzgado Sexto Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá, confirmado por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, se ha continuado ejecutando, absolviendo a su vez a las encartadas de las demás pretensiones formuladas en su contra.

Para arribar a dicha conclusión, indicó en primer lugar que, de las pruebas obrantes en el plenario, contrario a lo afirmado por el demandante en el *petitum*, su único empleador ha sido *K W Servicios Integrados S.A.S.*, y en lo que respecta a que esta y *Green Company* sean una misma sociedad, tal aspecto se desvirtúa con los Certificados de Existencia y Representación Legal de cada una de ellas.

Que respecto a *Frigoríficos Ble Ltda.*, lo que existió fue una relación comercial con *K W Servicios Integrados S.A.S.*, y conforme la prueba testimonial, esta última se encargaba de hacer el mantenimiento de los equipos de la primera mencionada, labor para la cual el demandante prestaba sus servicios.

En lo que concierne a la terminación del contrato de trabajo de obra o labor contratada que lo fue el 31 de diciembre de 2017, decidió que el mismo finalizó como consecuencia de la extinción del contrato de servicios que hubiese suscrito *K W Servicios Integrados S.A.S.* con *Frigoríficos Ble Ltda.*, no obstante, señaló que el demandante instauró una acción de tutela conocida en primera instancia por el Juzgado Sexto Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá y en Segunda Instancia por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, donde se ordenó de manera transitoria la estabilidad laboral del demandante en responsabilidad de *K W Servicios Integrados S.A.S.*

En lo que respecta a la figura de la estabilidad laboral regulada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, de conformidad con los presupuestos jurisprudenciales, el demandante no demostró haber padecido una discapacidad que lo hiciera merecedor de la figura pretendida y por consiguiente su reintegro, de ahí que se entienda que el finiquito no se dio con ocasión de la afectación en salud, pues si bien se advirtió que el actor fue calificado por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez con una pérdida de capacidad laboral del 8.90% y un origen laboral, dicha situación no puede ser entendida como tal atendiendo los grados de discapacidad para su procedencia.

III. RECURSO DE APELACIÓN:



La parte demandante inconforme con la decisión la apeló. Adujo que si bien es cierto no se celebró ningún contrato de trabajo con *Frigoríficos Ble Ltda.*, sí laboró dentro sus instalaciones, teniendo un jefe inmediato de dicha empresa, por lo que la encartada también es verdadera empleadora.

Por otro lado, indicó que si bien se le dictaminó una pérdida de capacidad laboral del 8.90% de origen cuando estaba vinculado laboralmente con *K W Servicios Integrados S.A.S.*, no es menos cierto que en la actualidad ha tenido diversas incapacidades derivadas de dicho accidente, por lo que se puede colegir que continúa en tratamiento, más aún si la ARL y el fondo de pensiones se encuentran en estudio de su patología; tanto así, que actualmente tiene pendiente una cita a efectos de que se le dictamine nueva pérdida de capacidad laboral.

Por tal razón, las demandadas *K W Servicios Integrados S.A.S.* y *Frigoríficos Ble Ltda.*, deben mantener su continuidad laboral.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Como primer problema jurídico, se determinará si entre el demandante y la empresa demandada *Frigoríficos Ble Ltda.*, existió un verdadero contrato de trabajo.

Como segundo problema jurídico, se auscultará si al actor le asiste derecho al reintegro a un cargo igual o de similares condiciones tanto laborales como contractuales, atendiendo la figura de la estabilidad laboral reforzada con ocasión al estado de salud que alega padecer.

c. Del caso en concreto:

Previo a resolver los planteamientos jurídicos anteriormente referidos, sea lo primero indicar que no fue objeto de reproche la inexistencia de vínculo laboral alguno entre el demandante y la encartada *Green Company S.A.S.*, pues como lo sostuvo el fallador de instancia, la encartada no tuvo incidencia alguna del contrato de trabajo pretendido, tanto así, que incluso los supuestos fácticos de la demanda se orientan a que son una



misma persona jurídica con la también demandada *K W Servicios Integrados S.A.S.*, situación que no se acompasa con la realidad procesal, como quiera que confrontado el Certificado de Existencia y Representación Legal de ambas demandas, se trata de dos sujetos diferentes (Fls. 99 a 110 y 106 a 110).

Tampoco fue objeto de reproche que entre el demandante y *K W Servicios Integrados S.A.S.* existió un contrato de trabajo por obra o labor contrata, por el periodo comprendido entre el 26 de noviembre de 2014 y el 31 de diciembre de 2017, el cual feneció como consecuencia del finiquito del contrato de servicios que se celebrara *K W Servicios Integrados S.A.S.* con *Frigoríficos Ble Ltda.*

Prueba de ello, es la copia del contrato de trabajo, la carta de terminación del mismo comunicada el 28 de diciembre de 2017, copia del contrato de oferta mercantil suscrito entre *K W Servicios Integrados S.A.S.* y *Frigoríficos Ble Ltda.*, el cual finalizó el 31 de diciembre de 2017 como se corrobora del documento denominado “Vencimiento Oferta Mercantil” que le comunicara *Frigoríficos Ble Ltda.* a *K W Servicios Integrados S.A.S.* (Fls. 8 a 11, 229 a 231).

Ahora bien, pretende el demandante que se tenga como verdadero empleador a *Frigoríficos Ble Ltda.*, por cuanto aduce que laboró dentro sus instalaciones, que incluso tuvo como jefe inmediato una personada de la referida empresa, por lo que fue trabajador en misión.

De entrada, advierte la Sala que las súplicas sobre este punto no son procedentes como pasa a exponerse.

En efecto, debe advertirse que el actor sostuvo en su demanda que la encartada *K W Servicios Integrados S.A.S.* es una Empresa de Servicios Temporales, enviado en misión a laborar a *Frigoríficos Ble Ltda.* Bajo esta óptica, debe precisarse que confrontada la realidad procesal, no es procedente analizar la demanda en el sentido de que *K W Servicios Integrados S.A.S.* sea una empresa de servicios temporales, como quiera que confrontado el Certificado de Existencia y Representación Legal, *K W Servicios Integrados S.A.S.* fue constituida bajo la denominación de Empresa de Servicios Integrales.

Quiere decir lo anterior, que la referida encartada al no ser una Empresa de Servicios Temporales, no hay lugar a dar aplicabilidad de la figura de contratación regulada en la Ley 50 de 1990, que dispone que pueden contratar con terceros para colaborar en forma temporal con el desarrollo de sus actividades, y de otra, que dicha colaboración debe estar sujeta a las siguientes situaciones generales: **1)** para ejecutar con el trabajador en misión labores ocasionales, accidentales o transitorias distintas de las



actividades del patrono; 2) para reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o en licencia de maternidad, y 3) para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosecha, y en la prestación de servicios por un término de 6 meses que puede prorrogarse por otros 6 meses más, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 77 de la mencionada Ley 50 de 1990.

Igualmente, el artículo 2º del Decreto 4369 de 2006, define las Empresas de Servicios Temporales como aquellas que contratan servicios con terceros que son beneficiarios, de una labor prestada por personas naturales contratadas en forma directa. El artículo 2º del Decreto 4369 de 2006, las define como empresas que contratan servicios con terceros, para ser beneficiarias de una labor prestada por personas naturales contratadas de manera directa por la Empresa de Servicios Temporales, y a su vez, en los casos en que se desconozca el plazo máximo permitido para la vinculación de los trabajadores en misión de acuerdo a los artículos 77 de la Ley 50 de 1990, deben ser catalogadas como un empleador aparente y un intermediario que oculta su calidad, por lo que se debe tener como verdadero empleador a la empresa usuaria que se benefició de tal intermediación.

Por el contrario, respecto de las Empresas de Servicios Integrales, la misma Ley 50 de 1990 en su artículo 94 estableció que *“De la reglamentación sobre empresas de servicios temporales, están excluidas **las empresas que prestan servicios diferentes al envío de trabajadores en misión, como las de suministro de alimentación y las que realizan labores de aseo.** Las empresas de servicios temporales existentes al momento de entrar en vigencia la presente ley, deberán acreditar los requisitos exigidos en esta disposición, dentro de los seis (6) meses siguientes”.*

De otra parte, el artículo 14 del Decreto 1794 de 2013, dispone: **“Artículo 14.** Definición de servicios integrales de aseo y cafetería. Para efectos del artículo 462-1 del Estatuto Tributario, se entiende por **servicios integrales** de aseo y cafetería, todas aquellas actividades que se requieran para la limpieza y conservación de las instalaciones del contratante, así como las relacionadas con la preparación y distribución de alimentos y bebidas para consumo”.

En tal sentido, se puede colegir que *K W Servicios Integrados S.A.S.* al no estar catalogada como Empresa de Servicios Temporales, no puede pretender el actor que se analice la demanda bajo la figura de “Trabajador en Misión” al servicio de *Frigoríficos Ble Ltda.*, toda vez que las empresas catalogadas como de Servicios Integrales gozan de otra connotación normativa que en nada guardan congruencia con las temporales, y que incluso, la misma Ley 50 de 1990 exceptúa del ordenamiento laboral, por lo que resulta improcedente el punto de apelación alegado.



Si en gracia de discusión se llegara a aplicar la figura de contratista independiente dispuesta en el artículo 34 del C.S.T., tampoco resulta de asidero fulminar condena en contra de *Frigoríficos Ble Ltda.*, toda vez que nada se demuestra de que la encartada hubiese fungido como empleador directo del demandante, en el sentido de que hubiese impartido órdenes o actuación similar que hayan incidido en las labores del señor *Diego Alejandro Huertas Valero*.

Ello por cuanto, lo único que demuestran las pruebas documentales, es que siempre fue *K W Servicios Integrados S.A.S.* la que fungió como verdadero empleador del actor, prueba de ello lo es la afiliación que esta última efectuara como empleadora para con el demandante al Sistema de Seguridad Integral, diferentes diligencias de descargos efectuadas al actor durante la vigencia del contrato, varios comunicados y llamados de atención, pagos de nómina, entre otros (Fls. 161 a 216 y 244), adicional a que de los testimonios rendidos por *Eisthen Miguel Guzmán* y *María Victoria Sambrano Ruíz*, yerno y tía de la esposa del demandante respectivamente, fuero congruente en manifestar el desconocimiento sobre las condiciones labores; circunstancia por la cual, no hay lugar a que se declare como verdadero empleador a *Frigoríficos Ble Ltda.*

De la Estabilidad Laboral Reforzada.

Bajo este escenario, en tratándose de la estabilidad laboral regulada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, el inciso segundo de dicho precepto, fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-531 de 2000, bajo el entendido que carece de todo efecto el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación física, sin que exista autorización previa del Ministerio del Trabajo, y sin que compruebe previamente la configuración de una justa causa.

De esa manera, es claro que la Ley 361 de 1997 busca proteger a las personas con discapacidad, para que no sean despedidas en razón de dicha condición. Por ende, resulta indispensable establecer cuál es el contenido de esta expresión a fin de determinar si la demandante es beneficiaria de las prerrogativas previstas en dicha normativa, la cual consagra:

“NO DISCRIMINACIÓN A PERSONA EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD. En ningún caso la discapacidad de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha discapacidad sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona en situación de discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su discapacidad, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.

“No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su discapacidad, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del



salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren”.

De igual manera, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1360 de 2018, Radicación No. 53394 del 11 de abril de 2018, señaló respecto de la protección especial objeto de estudio, que:

“[...] a juicio de la Sala, debe ser comprendida la protección especial del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues resulta ilógico prohibir el despido del trabajador «por razón de su limitación» y al tiempo vedarlo cuando este fundado en un motivo ajeno a su situación. Si, la sanción tiene como propósito disuadir despidos motivados en el estereotipo de la condición de discapacidad del trabajador, no debería haberla cuando esté basada en una causa objetiva demostrada. A la larga, la cuestión no es proteger por el prurito de hacerlo, sino identificar y comprender los orígenes o causas de los problemas de la población con discapacidad y, sobre esa base, interpretar las normas de un modo tal que las soluciones a aplicar no los desborden o se transformen en otros problemas sociales. Así las cosas, la Corte abandona su criterio sentado en la sentencia CSJ SL36115, 16 mar. 2010, reiterada en SL35794, 10 ago. 2010, en la que se adoctrinó que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 no consagra una presunción legal o de derecho, que permita deducir a partir del hecho conocido de la discapacidad del trabajador que su despido obedeció a un móvil sospechoso.

En la citada providencia la Corte concluyó que:

“[...] el despido de un trabajador en estado de discapacidad se presume discriminatorio, a menos que el empleador demuestre en juicio la ocurrencia real de la causa alegada”.

Ahora bien, frente a la intelección de un requisito *sine qua non* atinente a acreditar mediante un dictamen de pérdida de la capacidad laboral igual o superior al 15%, esto es, que se constituya en una pérdida moderada, severa o profunda, debemos remitirnos a las consideraciones de la sentencia SU-049 de 2017 y lo estimado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3772-2018, Radicación No. 46498 del 5 de septiembre de 2018, en la que señaló:

“Frente a los reproches traídos en el cargo, el Tribunal no incurrió en ningún desvío interpretativo respecto del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, al estimar que la estabilidad laboral reforzada allí prevista no operaba automáticamente en todos los casos, puesto que esta consideración se aviene a la jurisprudencia emitida por esta Corporación, en cuanto a que la ineficacia del despido prevista en la norma requiere la presencia de varios presupuestos, tales como i) que el trabajador padezca de un estado de discapacidad en grado moderado, severo o profundo, independientemente de su origen; ii) que el empleador tenga conocimiento de dicho estado de discapacidad; iii) que el patrono despida al trabajador de manera unilateral y sin justa causa; y iv) que el patrono no solicite la correspondiente autorización del Ministerio del Trabajo.”

De igual manera, en dicha providencia, se cita la sentencia SL11411-2017, Radicación No. 67595 del 2 de agosto de 2017 a efectos de establecer que:



“[...] la Corte ha precisado que no es necesario que el trabajador esté previamente reconocido como persona en condiciones de discapacidad o que se le identifique de esa manera en un carné, como el que regula el artículo 5 de la Ley 361 de 1997, pues lo importante es que padezca una situación de discapacidad en un grado significativo, debidamente conocida por el empleador, para que se activen las garantías que resguardan su estabilidad”

Finalmente, no debe soslayarse que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL471-2018, Radicación No. 55933 del 28 de febrero de 2018, señaló:

“No es lo mismo exigir que el estado de discapacidad, razón de la protección reforzada, estuviese estructurado para la fecha de la terminación del contrato de trabajo, como lo hizo el juez de la alzada, a decir, como lo sugiere la censura, que al trabajador se le requirió tener, previamente a la desvinculación, la prueba de la discapacidad con la calificación de su estado por la junta de calificación respectiva, pues ciertamente exigir que se tenga la prueba de dicho hecho previamente al retiro sí resultaría excesivo y desproporcionado para los fines de la garantía en cuestión.”

“[...]”

“No está demás advertir por la Sala que la jurisprudencia laboral distingue entre la condición de incapacidad y la de discapacidad, para efectos de reconocer la garantía de la estabilidad laboral reforzada, a saber:

“Antes de abordar el problema planteado, la Sala precisa que se debe distinguir la condición de discapacidad laboral que significa la pérdida o reducción de una proporción de la capacidad para el trabajo, la cual, dependiendo del grado de la afectación, es posible que el trabajador que la padece pueda ser reubicado laboralmente para seguir prestando el servicio o se le califique la estructuración de una invalidez. Mientras que la incapacidad laboral refiere al deficiente estado de salud del trabajador que le impide prestar el servicio temporalmente y lo hace merecedor de las prestaciones de salud para lograr su recuperación y en dinero que sustituye el salario durante el tiempo en que el trabajador permanece retirado de sus labores por enfermedad debidamente certificada, según las disposiciones legales. Esta puede ser por enfermedad general o con ocasión de la actividad laboral.

“[...] como lo tiene adoctrinado la jurisprudencia de esta Corporación, no es suficiente por si solo el quebrantamiento de la salud de la trabajadora o el encontrarse en incapacidad médica para merecer la especial protección de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues debe acreditarse que el asalariado al menos tenga una limitación física, psíquica o sensorial y con el carácter de moderada.”

Un entendimiento razonable de la anterior postura, señala que las anteriores circunstancias deben estar probadas o padecerse al momento del despido, para poder inferir que esas habrían sido las razones que eventualmente motivaron el despido.

En ese orden de ideas, para la prosperidad de las pretensiones del demandante, se debía acreditar, como primera medida, el supuesto fáctico que la normativa en comento protege, esto es, que ninguna persona en situación de discapacidad sea *despedida* o su



contrato terminado por razón de su discapacidad, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.

Ahora bien, el Alto Tribunal en sentencia SL2841-2020, Radicación No. 67130 del 22 de julio de 2020, hizo un análisis exhaustivo sobre la estabilidad reforzada regulada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, donde además categorizó una nueva expresión para las personas sobre las que verse esta figura, entendiéndose ésta como **“discapacidad relevante”**.

Ahora, de las probanzas acreditadas al expediente, en efecto se tiene que obra a folios 267 a 269, copia del registro del accidente de trabajo del demandante que dejara asentado *K W Servicios Integrados S.A.S.*, donde se corrobora que el señor *Diego Alejandro Huertas Valero* el 16 de marzo de 2015, se encontraba en la planta de bovinos, realizando actividades de mantenimiento en la escaladora de libros, cuando la palanca se devolvió y le ocasionó una herida en la frente.

Como consecuencia del accidente, la Junta Nacional de Calificación de Invalidez en sede de cierre, emitió el Dictamen No. 1022360542-2200 del 6 de mayo de 2016, determinando al actor una pérdida de capacidad laboral del 8.90% de origen común, y una fecha de estructuración de la patología el 25 de mayo de 2015 (Fls. 88 a 93).

Además de las documentales ya referidas, no obra prueba adicional que advierta que en efecto el demandante para el momento de la terminación del contrato de trabajo que lo fue el día 31 de diciembre de 2017, hubiese estado incurrido en una limitación o detrimento de su estado de salud, pues si bien el demandante relató en su interrogatorio de parte que estuvo prolongado de diferentes incapacidades derivadas de su accidente de trabajo, tal aspecto no se acreditó dentro del plenario, por lo que su argumento se cae de peso con la realidad procesal.

De otra parte, debe resaltarse que obra un documento denominado *“Notificación calificación de origen enfermedad laboral”*, que le comunicara la EPS Famisanar al actor el 12 de abril de 2018 (Fl. 31), en el que se expuso que de acuerdo a la calificación adelantada por el equipo interdisciplinario de Medicina Laboral previa revisión de los documentos aportados, se le determinó el diagnóstico *“F431 TRASTORNO DE ESTRÉS POSTRAUMÁTICO de origen COMÚN; F432 TRASTORNOS DE ADAPTACIÓN (INCLUYE ANSIEDAD Y DEPRESIÓN) de origen común”*, de lo que se puede colegir que la patología que allí se discutió por lo menos hasta la fecha del despido no se trataba de origen laboral, por lo que no se puede pretender que este tópico sea conexo al quebranto de salud derivado del accidente de trabajo.



Se advierte que si bien el apelante expuso en su recurso de alzada que en la actualidad se encuentra en discusión una calificación de una nueva patología como se origen laboral tanto por el fondo de pensiones como por la ARL, sus dichos no se prueban dentro del plenario.

Por último, se recalca que, si bien el actor fue integrado al cargo en virtud de una orden de tutela que amparó de manera transitoria la estabilidad laboral reforzada, proferida en Primera Instancia por el Juzgado Sexto Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá, y confirmada en Segunda Instancia por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá (Fls. 12 a 17 y 17 a 24), esa decisión no es vinculante a la decisión adoptada en el presente asunto, ya que no hace tránsito a cosa juzgada.

Así las cosas, la sentencia de primera instancia se confirmará. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN


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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 6 de marzo de 2020 por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

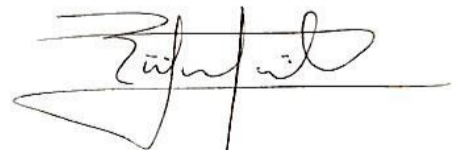
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



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

Ordinario Laboral 11001 31 05 035 2019 - 00197
Demandante: VÍCTOR RAÚL VIVIESCAS MONSALVE
Demandado: COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., diez (10) de Diciembre de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por *Protección S.A* y *Colpensiones*, en contra de la sentencia proferida el 11 de marzo de 2020 por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá. Igualmente, el proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de *Colpensiones* por cuanto la sentencia fue adversa a sus intereses, y La Nación funge como su garante.

I-. ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *Víctor Raúl Viviescas Monsalve*, formuló demanda en contra de *Colpensiones* y *Protección S.A.*, con la finalidad que se declare la nulidad del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado el 1º de noviembre de 1995, y en consecuencia se ordene a *Colpensiones* a reactivar la afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y a la AFP a la devolución de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, incluyendo bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses de conformidad con el artículo 1746 del C.C., más lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, adujo que nació el 2 de junio de 1958 y que desde el 2 de noviembre de 1986 inició a cotizar de manera ininterrumpida al fondo de pensiones de la Universidad de Antioquia, lo cual perduró hasta el 1º de noviembre de 1995 y en la actualidad se encuentra desempleado.

Que a través de engaños la AFP *Protección S.A*, lo persuadió para que se trasladara al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad el 1º de noviembre de 1995; y el 1º de marzo de 1997, fue presionado sistemáticamente, señalándole que obtendría una



mayor mesada pensional, así como que el *Instituto de Seguros Sociales* sería liquidado, sin suministrarle información clara y comprensible sobre la incidencia del traslado, máxime que tampoco recibió una proyección ni ningún tipo de asesoría sobre diversos aspectos relevantes del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Que el 31 de enero de 2019 *Protección S.A* emitió respuesta al requerimiento con radicado CAS-3765405-L4N1CO, con el que se presenta una proyección de su mesada pensional, indicando que se pensionará a la edad de 62 años y con un valor de \$1.985.333 mensuales; que para el 1º de noviembre de 1995 y según extracto presentado por *Protección S.A* contaba con un total de 312.57 semanas cotizadas para el bono pensional.

Relata que el 28 de enero de 2019 radicó ante *Colpensiones* el formulario de solicitud para el traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, lo cual fue denegado debido a que se encuentra a menos de 10 años del cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones expuso en su contestación que en la fecha del traslado que efectuó la actora al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad goza de plena validez, máxime que la permanencia del actor en la AFP así lo corrobora; de igual manera que el error de derecho no vicia el consentimiento

Formuló las excepciones de validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación y la innominada o genérica.

Por su parte, en la contestación de la demanda *Protección S.A.* refirió que la afiliación operó el 11 de octubre de 1995 ante la AFP *Colmena*, hoy *Protección S.A.*, la cual se verificó de manera libre y voluntaria, precedida de la información y asesoría pertinente, estando los asesores capacitados para dichos menesteres.

De igual manera que si se explicitaron las características de los regímenes pensionales, frene a lo cual el accionante plasmó su voluntad en el formulario de afiliación, sin que se haya precedido de coacción o engaño alguno, aunado a ello que no es cierto que se le haya informado que la pensión sería superior, ni que el *Instituto de Seguros Sociales* sería liquidado.



Propuso y sustentó las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y la innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 11 de marzo de 2020, declaró la nulidad de traslado efectuado por el señor *Víctor Raúl Viviescas Monsalve* al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y como consecuencia de ello, ordena a AFP *Protección S.A* a trasladar a *Colpensiones* todos los aportes efectuados por el demandante, junto con sus rendimientos; así como a la AFP *Protección S.A* a pagar con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión o por los gastos de administración; y a *Colpensiones* a volver a afiliar al demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Para tal efecto estableció que la carga probatoria de acreditar el cumplimiento del deber de información recae en la AFP según diversas jurisprudencias de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la cual no cumplió, en tanto el formulario de afiliación no demuestra la información suministrada; además, se evidencia que se aporta una proyección que elaborada *Protección S.A*, en la cual se evidencia que dados los ingresos del actor, resultaba evidente que le resultaba más beneficioso permanecer en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, lo cual acredita el perjuicio aducido en la demanda.

De otra parte, que la nulidad del traslado implica la devolución de los aportes depositados en la cuenta de ahorro individual, asumiendo de su propio patrimonio la disminución que haya sufrido el capital de financiación por los gastos de administración.

Finalmente, frente a las cotizaciones realizadas a Cajanal resultan oponibles y deben retornar a *Colpensiones*, al ser la entidad que administra el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Protección S.A. inconforme con la decisión, apeló el numeral segundo atinente a la devolución de los gastos de administración, en tanto las comisiones operaron en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, siendo además comisión ya pagadas y causadas por la administración de los montos; de igual manera, que de



proceder esta condena el accionante deberá devolver los rendimientos. De tal manera, que la única suma objeto de devolución deben ser los aportes.

Colpensiones sustenta la alzada en que se deja de lado el artículo 1495 del C.C., según el cual frente al negocio jurídico del traslado, también surgen obligaciones para el afiliado; de otra parte, que el artículo 167 del C.G.P. consagra la carga de la prueba de quien alega un determinado hecho, sin que la documental que obra a folios 32 y 33 demuestren un perjuicio, pues dicha misiva se limita a hacer una proyección en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin referir ningún aspecto de la pensión en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida; finalmente, que la decisión implica contribuir a la descapitalización del sistema pensional, afectando los derechos adquiridos de los afiliados que han contribuido de manera solidaria con el mismo.

Finalmente, que el accionante no es un afiliado lego, en tanto prestó el servicio a entidades del estado y Universidades Públicas, por lo cual no es dable que alegue el desconocimiento de la norma.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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



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

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

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

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



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

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

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

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

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

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se



tiene o no una expectativa pensional próxima a consolidarse o si es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación de la AFP de *Colmena*, hoy *Protección S.A* (Fl 110) en donde efectivamente se observa el traslado para la fecha 11 de octubre de 1995, el cual si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Por otra parte, en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que se le haya brindado la información necesaria a fin de adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional, pues refirió entender que era una obligación el traslado al Fondo Privado; de igual manera, relató no tener conocimiento de las características de los regímenes pensionales, percatándose solo de la diferencia con la proyección pensional en el año 2019.

En igual sentido, el hecho de haber laborado en entidades públicas ni los estudios del actor, los cuales refirió ser en ingeniería mecánica y literatura, en manera alguna son situaciones que releva a la AFP de la carga probatoria de demostrar el efectivo cumplimiento del deber de información.

Finalmente, los restantes medios de convicción no acreditan que la AFP haya cumplido las obligaciones a su cargo, teniendo en cuenta que la proyección que milita a folios 32 a 34, data del año 2019, por ende, en manera alguna da cuenta de la información suministrada para la fecha del traslado acaecida en el año 1995.

De tal manera que no se demostró que el actor recibiera al momento del traslado ilustración sobre aspectos como las características de cada régimen, la forma de cálculo de la mesada pensional, el monto aproximado de capital necesario para causar su derecho, rentabilidad del capital, aportes voluntarios, incidencia en el monto pensional de la edad de los posibles beneficiarios, las diversas modalidades de pensión de vejez y sus características; y conforme el artículo 1604 del Código Civil la diligencia en el



cumplimiento de dicha obligación corresponde a las AFP, así lo ha señalado la Sala Laboral de la Corte Suprema en sus sentencias, entre ellas la SL1689-2019.

“Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.

“En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

Cabe señalar que, al no acreditarse por parte de la AFP que suministrara la información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica al incumplimiento de ese deber es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, así lo expresó la CSJ en sentencia SL3464-2019:

“En sentencia CSJ SL1688-2019 la Corte precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

“En la citada providencia, la Corte recordó que la ineficacia se caracteriza porque desde su nacimiento el acto carece de efectos jurídicos, es decir, este instituto excluye o le niega toda consecuencia jurídica. Según este concepto, la sentencia que declara la ineficacia de un acto no hace más que comprobar o constatar un estado de cosas (la ineficacia) surgido con anterioridad al inicio de la litis.”

Ahora bien, respecto de la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, incluidos los gastos de administración y las primas de la aseguradora, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

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

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



De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2021, refirió:

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

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a *Colpensiones*, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

En cuanto a la vulneración del principio de sostenibilidad financiera de la entidad, al declarar la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL3464 Radicación 76.284 de fecha 14 de agosto de 2019, señaló:

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

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

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

Es así como las AFP tienen el deber de devolver al sistema todo los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales,



sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del CC, esto es, con los rendimientos que se hubieran causado, los cuales asumen las cargas que tiene que asumir el accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

En lo atinente a la excepción de prescripción, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”*, motivo por el cual la excepción resulta impróspera.

Por último, se deja de presente que deja de conformidad con lo establecido en el artículo 271 de la ley 100 de 1993, lo procedente es la ineficacia del traslado mas no la nulidad, por lo que atendiendo los postulados jurisprudenciales ya referenciados la decisión de primer grado se modificará parcialmente por este aspecto.

SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR parcialmente el numeral primero sentencia proferida el 11 de marzo de 20202 por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **DECLARAR INEFICAZ** la afiliación efectuada por el demandante, al tenor de lo establecido en el artículo 271 de la ley 100 de 1993 y de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo restante la sentencia de primera instancia.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.



NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Ordinario Laboral 1100131050 38 2019 00002 01
Demandantes: MARTHA LUCÍA DE LA PAVA ATEHORTÚA
Demandados: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., diez (10) de diciembre de dos mil veinte (2020).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de Colpensiones, a la abogada Laura Elizabeth Gutiérrez Ortiz , identificada con cédula de Ciudadanía 31.486.436 y T.P. 303.924 del C.S.J., en los términos y facultades del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 9 de julio de 2020, por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá.

I. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Martha Lucía De La Pava Atehortúa*, formuló demanda ordinaria laboral en contra de *Colpensiones y Porvenir S.A.*, para que se declare la ineficacia de la relación o jurídica o la nulidad de la afiliación del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado el 1º de noviembre de 1998 con la *AFP Porvenir S.A.*; en consecuencia de lo anterior se declare que debe retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida como si nunca hubiera existido un traslado de régimen pensional, conservando el régimen de transición; se ordene trasladar a *Colpensiones* el valor de los aportes pensionales, rendimientos financieros y la devolución de cobros de administración, y se declare que tiene derecho al reconocimiento de la pensión de vejez a partir del 12 de octubre de 2013, más los intereses moratorios de que



trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, los perjuicios causados con ocasión de incumplimiento del deber de información y lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Fundó sus pretensiones en que ingresó a laborar a la Universidad Jorge Tadeo Lozano el 22 de marzo de 1982, afiliándose al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por el entonces *Instituto de Seguros Sociales*; que el 1º de noviembre de 1998 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a la AFP *Horizonte S.A*, hoy *Porvenir S.A*.

Relata que el traslado se efectuó por cuanto los asesores de la AFP le informaron que el *Instituto de Seguros Sociales* se iba a liquidar y perdería sus aportes, aunado a ello que en todo caso en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad la mesada pensional sería de mayor entidad que en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida; que no se le brindó una asesoría sobre las ventajas y desventajas de cada régimen, las características de cada uno, las implicaciones del traslado, entre ellas, la pérdida del régimen de transición, ni sobre la opción del retractso y de retornar al Régimen de Prima con Prestación Definida.

Señala que mediante petición del 20 de febrero de 2018 solicitó a la AFP dejara sin valor y efectos la afiliación, lo cual fue negado el 21 de febrero de la misma anualidad, por lo que el 27 de julio de 2018 solicitó a *Colpensiones* admitir el traslado de régimen, lo cual fue denegado por dicha entidad.

Finalmente, que nació el 12 de octubre de 1958, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con más de 35 años de edad, y cumplió 55 años de edad el 12 de octubre de 2013, teniendo un total de 1450 semanas cotizadas, solicitando el reconocimiento pensional, frente a lo cual no se pronunció *Colpensiones*.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Porvenir S.A., operó la *litis contestatio* señalando que la actora suscribió el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria, recibiendo la información y asesoría pertinente, sin que ostente 15 años de servicio al 1º de abril de 1994 para efectos de retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, máxime que actualmente tiene 59 años edad, por lo que le resulta aplicable la prohibición



contemplada en el literal e) del artículo 2º de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

De igual manera que la accionante pretende se declare la ineficacia pese a permanecer por espacio superior a 20 años en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin haber retornado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida cuando estaba a su alcance.

Propuso y sustentó las excepciones de prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, compensación y la innominada o genérica.

Por su parte, *Colpensiones*, se opuso a la totalidad de las pretensiones indicando que la afiliación de la accionante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad es válida, por cuanto no se acredita error, fuerza o dolo en la suscripción del formulario; de igual manera, que actualmente la actora se encuentra incurso en la prohibición de traslado regulada en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, toda vez que le restan menos de 10 años para acceder a la pensión.

De otra arte refiere que la accionante no es beneficiaria del régimen de transición, y en todo caso perdió el mismo al haberse trasladado en legal forma al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Propuso y sustentó las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, excepción error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y la innominada o genérica.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia del 9 de julio de 2020 absolvió a *Colpensiones* y *Porvenir S.A.*, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, condenando a la accionante al pago de costas procesales.

Para arribar a dicha conclusión, consideró que la AFP no tenía a su alcance rechazar la solicitud de traslado de la accionante, pues dicha situación solo se predica respecto de personas excluidas el Régimen de Ahorro Individual con



Solidaridad, lo cual no acontece en el plenario, máxime que incluso quienes sean beneficiarios del régimen de transición pueden trasladarse.

En ese orden de ideas, no resulta exigible de la AFP desestimular la decisión de traslado de régimen pensional de la accionante. De otra parte, que no se acredita un vicio del consentimiento por fuerza, error o dolo; ello en tanto no se aduce que haya sido coaccionada, ni se evidencia que la AFP haya actuado con intención de causar un perjuicio, aunado a ello que el error de derecho no vicia el consentimiento.

De igual manera, de lo sostenido en el interrogatorio de parte, la accionante confesó que concurrió a una reunión en la que se le suministró información por la asesora de la AFP, a la cual además compareció con la tesorera de la empresa que la accionante gerenciaba y con la persona encargada de recursos humanos, sin que se advierta que se haya dado una información falaz, por el contrario se evidenció conocimiento de las condiciones en que se cuantifica la prestación en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, lo cual le resultaba beneficioso dada su condición de gerente con ingresos significativos y no estar próxima a la edad mínima pensional.

Finalmente, señala que era un hecho notorio que el *Instituto de Seguros Sociales* estaba una situación de crisis, razón por la cual, no fue alejada a la realidad la afirmación de la asesora y en esa medida su afiliación no estuvo precedida de engaño.

III.- RECURSO DE APELACIÓN.

La parte actora interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia primigenia, indicando que el *a-quo* se apartó del precedente jurisprudencial, para en su lugar radicar la carga de la prueba en la afiliada, siendo que es la AFP quien debe acreditar el cumplimiento del deber de información respecto de las ventajas y desventajas, incidencias y la pérdida del régimen de transición.

De otra parte, que el cargo desempeñado por la accionante como gerente de una empresa, no implica conocer las características de los regímenes pensionales, más aún cuando la AFP no le informó sobre el hecho de ser beneficiaria del régimen de transición, lo cual se explicitó en el interrogatorio de parte de la demandante; de



otra parte, tampoco se hizo una proyección pensional, lo cual refirió la representante legal de la accionada.

IV.- CONSIDERACIONES:

a. Tramite de segunda instancia.

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional; en caso afirmativo, si procede el reconocimiento pensional.

c. Ineficacia de traslado:

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

Así mismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el



precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447 de 2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

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

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

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



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

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

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

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

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones,



independientemente si se tiene o no una expectativa pensional próxima a consolidarse o si es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación con *Horizonte S.A.*, hoy *Porvenir S.A.* (Fl 86) en donde efectivamente se observa el traslado para la fecha 25 de septiembre de 1998, el cual si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Por otra parte, en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que se le haya brindado la información necesaria a fin que tomará una decisión consiente y realmente libre sobre su futuro pensional, pues contrario a lo considerado por el *a-quo*, si bien se evidencia que conoce algunos aspectos del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no se estableció que para la fecha de suscripción del formulario se le hayan puesto de presente las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales, ni la incidencia del traslado, así como las condiciones que debía cumplir para acceder al beneficio pensional, en aspectos tan relevantes como los montos que debía acumular efectos de acceder a la pensión.

En igual sentido, el hecho de haberse desempeñado para la fecha del traslado como gerente, en manera alguna releva a la AFP de la carga probatoria de demostrar el efectivo cumplimiento del deber de información. De otra parte, no se acredita que el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad le hubiese resultado más beneficioso a los intereses particulares de la accionante, ni que se haya brindado una real asesoría sobre tal aspecto.

Finalmente, los restantes medios de convicción no acreditan que la AFP haya cumplido las obligaciones a su cargo, pues no es dable entender convalidada la



afiliación con el formulario de pensiones voluntarias ni con el oficio de solicitud de recuperación de aportes pensionales, pues no se evidencia que contengan información sobre la asesoría brindada para el año 1998.

Por ende no se demostró que la actora recibiera al momento del traslado ilustración sobre aspectos como las características de cada régimen, la forma de cálculo de la mesada pensional, el monto aproximado de capital necesario para causar su derecho, rentabilidad del capital, aportes voluntarios, incidencia en el monto pensional de la edad de los posibles beneficiarios, las diversas modalidades de pensión de vejez y sus características; y conforme el artículo 1604 del Código Civil la diligencia en el cumplimiento de dicha obligación corresponde a las AFP, así lo ha señalado la Sala Laboral de la Corte Suprema en sus sentencias, entre ellas la SL1689-2019.

“Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.”

“En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.”

Cabe señalar que, al no acreditarse por parte de la AFP que suministrara la información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica al incumplimiento de ese deber es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, así lo expresó la CSJ en sentencia SL3464-2019:

“En sentencia CSJ SL1688-2019 la Corte precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.”

“En la citada providencia, la Corte recordó que la ineficacia se caracteriza porque desde su nacimiento el acto carece de efectos jurídicos, es decir, este instituto excluye o le niega toda consecuencia jurídica. Según este concepto, la sentencia que declara la ineficacia de un acto no hace más que comprobar o constatar un estado de cosas (la ineficacia) surgido con anterioridad al inicio de la litis.”



Ahora bien, respecto de la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, incluidos los gastos de administración y las primas de la aseguradora, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

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

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

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 202, refirió:

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

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a *Colpensiones*, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

Finalmente, en lo atinente a la excepción de prescripción, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”*, motivo por el cual la excepción resulta impróspera.



d. Pensión de vejez:

Ahora bien, aduce la accionante ser beneficiaria del régimen de transición, y en tal medida se le debe reconocer la pensión de vejez desde el 12 de octubre de 2013.

El artículo 36 de la Ley 100 de 1993, establece que la edad para acceder a la pensión de vejez continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres hasta el año 2014, fecha en la cual se incrementará en dos años para cada uno de los géneros referidos. Frente al tema específico de la transición, dicha disposición establece que, para acceder a regímenes anteriores, para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 debían acreditar alguno de los dos requisitos a saber:

- (i) mujeres treinta y cinco (35) años y los hombres cuarenta (40) años, o
- (ii) quince (15) años de servicios.

Estos requisitos, fueron controlados por el Acto Legislativo 01 de 2005, el cual en su artículo Parágrafo Transitorio 4º, consagró que el régimen de transición no podía extenderse más allá del 31 de julio de 2010, excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen tuviesen cotizadas 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia de dicho Acto Legislativo, es decir para el 29 de julio de 2005, a los cuales se les mantendría la transitoriedad hasta el 31 de diciembre de 2014.

Así las cosas, es palmario que las personas que quisieran ostentar el régimen de transición con el fin de acceder a prerrogativas anteriores a la Ley 100 de 1993, como lo es el caso del Decreto 758 de 1990, era menester que acreditaran los requisitos, cuyo plazo máximo era el 31 de diciembre de 2014, siempre y cuando tuviesen 750 semanas al 29 de julio de 2005.

En el presente evento se tiene que la accionante nació el 12 de octubre de 1958 (Fl 22), por lo cual para el 1º de abril de 1994 contaba con 35 años de edad, por lo que en principio es beneficiaria del régimen de transición. De otra parte, se según la historia laboral de *Colpensiones*, entre el 1º de noviembre de 1986 y el 30 de septiembre de 1998, había cotizado un total de 480 semanas; y del reporte de semanas de *Porvenir S.A* se evidencia que cotizó de manera ininterrumpida entre el 1º de octubre de 1998 y el 29 de julio de 2005, lo cual correspondería a un total



de 346,97 semanas, para un total de 826, 97 semanas, por lo que el régimen de transición se extiende hasta el año 2014. Ahora bien, el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, consagra:

“Tendrán derecho a la pensión de vejez las personas que reúnan los siguientes requisitos:

“a) Sesenta (60) o más años de edad si se es varón o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si se es mujer y,

b) Un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1.000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo”.

La accionante cumplió 55 años de edad el 12 de octubre de 2013, y del reporte de semanas cotizadas se evidencia que aportó en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida un total de 480 semanas, y en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad entre el 1º de octubre de 1998 y septiembre de 2009, y de noviembre de 2009 a marzo de 2011; de diciembre de 2011 a enero de 2014 y de marzo de 2014 a diciembre de la misma anualidad, esto es, un total de 1.201,27 semanas para el 31 de diciembre de 2014, cumpliendo así los requisitos para acceder al beneficio pensional.

Finalmente, si bien por activa se deprecia el pago de la pensión desde el 12 de octubre de 2013, lo cierto es que, del reporte de semanas cotizadas más actualizadas del 25 de agosto de 2017 (Fls 46 a 50), se evidencia que la accionante continúa afiliada al sistema General de Seguridad Social, lo cual además se avizora en el derecho de petición elevado a *Colpensiones* el 27 de julio de 2018 (Fl 34), en el cual se aduce que continúa afiliada, por lo cual *Colpensiones* procederá al reconocimiento de la pensión con base en el Acuerdo 049 de 1999 y desde la fecha de retiro del sistema, tomando como IBL las previsiones del artículo 21 de la Ley 100 de 1993, esto es, con el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado la afiliada durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo, si le resulta más beneficioso.

Como corolario de lo anterior se revocará en su integridad la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia. Las de primera a cargo de las accionadas.

V.- DECISIÓN:



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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 9 de julio de 2020, por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario de la referencia, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, para en su lugar;

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado el 25 de septiembre de 1998 con la AFP *Horizonte S.A.* hoy *Porvenir S.A.*, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la AFP *Porvenir S.A.*, trasladar la totalidad valores de la cuenta de ahorro individual de la afiliada junto con sus rendimientos, gastos de administración, y primas de aseguradoras que se generen hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por *Colpensiones*, sin que le sea dable descontar suma alguna de dinero.

CUARTO: CONDENAR a *Colpensiones* a reactivar sin solución de continuidad la vinculación como afiliada de la señora *Martha Lucía De La Pava Atehortúa*, desde la fecha de la afiliación inicial al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

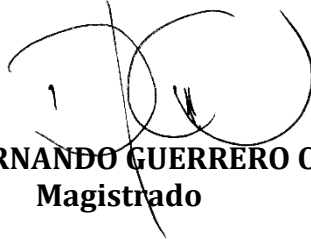
QUINTO: CONDENAR a *Colpensiones* a reconocer la pensión de vejez con base en el Acuerdo 049 de 1999 y desde la fecha de retiro efectivo del sistema, tomando como IBL las previsiones del artículo 21 de la Ley 100 de 1993, esto es, con el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado la afiliada durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo, si le resulta más beneficioso.

SEXTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de mérito elevadas por las demandadas.

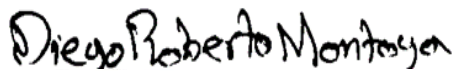


SÉPTIMO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera a cargo de las accionadas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



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

Ordinario Laboral 1100131050 **38 2019 00013 01**
Demandante: BLANCA LEONOR SOCHA VÁSQUEZ
Demandado: COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., diez (10) de diciembre de dos mil veinte (2020).

AUTO

En consideración a la sustitución del poder allegada por COLPENSIONES, se le reconoce personería adjetiva para actuar a la Doctora Laura Elizabeth Gutiérrez Ortiz identificada con C.C. No. 31.486.436 y T.P No. 303.924 del CSJ en calidad de apoderada de la entidad.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante *Blanca Leonor Socha Vásquez*, en contra de la sentencia proferida el 25 de septiembre de 2020, por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Blanca Leonor Socha Vásquez*, formuló demanda ordinaria laboral en contra de *Colpensiones* y la *AFP Colfondos S.A.*, con el fin de que se declare la nulidad del traslado y afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad toda vez que se le indujo en error y se omitió el deber de información y buen consejo por parte de la AFP.

En consecuencia, se declare la anulación de la afiliación y por tanto se condene a *Colpensiones* a tenerla como afiliada sin solución de continuidad en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida; adicionalmente, se ordene a *Colpensiones* y a la *AFP Colfondos S.A.*, a hacer los trámites pertinentes para activar la afiliación de la accionante en el Régimen de Prima Media, y que sea la primera entidad quien efectuó el proceso de validación del traslado de las cotizaciones. Finalmente, solicita que se ordene a la *AFP Colfondos S.A.* a realizar la devolución de todos los aportes netos cotizados con sus rendimientos a *Colpensiones* y que asuma los menores valores frente a la cotización;



más lo que resulte probado *extra y ultra petita*, junto con las costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Fundó sus pretensiones en que nació el 2 de enero de 1962 e inició sus cotizaciones al *Instituto de Seguros Sociales* el 15 de mayo de 1983. Refiere que posteriormente en marzo del 2000 efectuó traslado a la *AFP Colfondos S.A.*, sin embargo, dicha entidad no le informó su proyección de mesada pensional en los regímenes.

Igualmente, el fondo privado no le notificó antes de cumplir los 10 años para acceder a la pensión, que ese era el último término en el que podía realizar su traslado. Aduce, que al momento del traslado no contempló las ventajas y desventajas del cambio de régimen pensional, ni mucho menos las consecuencias del traslado.

Adicionalmente, que el día 25 de mayo de 2018 elevó derecho de petición a la *AFP Colfondos S.A.* solicitando se declare la nulidad de la afiliación, no obstante, el día 25 de junio de 2018 la AFP dio respuesta negativa a lo pretendido. De igual manera, el día 31 de mayo del 2018 interpuso derecho de petición ante *Colpensiones* con similares pretensiones a las anteriores, sin embargo, el día 06 de junio de 2018 se negó lo peticionado. Finalmente, afirma que a la fecha de interposición de la demanda cuenta con más de 1300 semanas de cotización.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones, al dar contestación al escrito de la demanda se opuso a todas y cada una de las pretensiones, indicando que la demandante se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y no probó error, fuerza o dolo en la afiliación a la *AFP*. Adiciona, que el traslado se realizó con plena voluntad de la cotizante y que si bien, la demandante solicitó la nulidad de la afiliación realizada a la *AFP Colfondos S.A.*, ya se encontraba dentro de la prohibición legal de que trata la Ley 797 del 2003.

Propuso y sustentó las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y la innominada o genérica.

Por su parte, *Colfondos S.A* en su escrito de contestación se opone a las pretensiones indicando que las mismas carecen de fundamento fáctico y jurídico, ya que la AFP brindó una asesoría integral, suficiente, oportuna, veraz y eficaz, recordando entre otras las características del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, su



funcionamiento, las diferencias con el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, las ventajas y desventajas, el derecho al bono pensional, la posibilidad de efectuar aportes voluntarios, la rentabilidad que producen los aportes, la opción legal de retracto. Lo anterior se acredita con la suscripción del formulario de afiliación donde quedó plasmado el consentimiento de la accionante.

Menciona, que la actora al contar con una información clara, cierta, completa y precisa realizó el traslado de régimen de forma libre, voluntaria y espontánea, por tanto, no existió omisión de información, como tampoco indebida o equivocada asesoría al momento del traslado. Así mismo, que no puede predicarse la nulidad del traslado de régimen por cuanto el acto cumplió con todos los presupuestos de ley sin evidenciarse causa u objeto ilícito y/o un vicio en el consentimiento, al estar los cambios entre regímenes consagrados en la ley no puede considerarse inválido porque no cumplió con las expectativas de la demandante.

Propuso y sustentó las excepciones de fondo de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, en providencia proferida el 25 de septiembre del 2020, absolvió a las accionadas de todas y cada una de las pretensiones.

Para arribar a dicha conclusión aduce, que para estudiar la ineficacia establecida en el artículo 271 de la ley 100 se debe analizar la situación a la luz de los vicios del consentimiento, para determinar si efectivamente por alguna conducta derivada por la acción bien sea del asesor o de cualquier tercero o del empleador, inclusive, se puede generar una ineficacia en la forma prevista en el artículo 271. Sin embargo, expone que no se logró acreditar la fuerza como vicio del consentimiento, asimismo, tampoco se logró establecer que el asesor de la AFP actuara con dolo.

Por otro lado, advirtió que a la demandante si le fue suministrada la información suficiente y clara en relación con las características del Régimen de Ahorro Individual y del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en su interrogatorio reconoce que efectivamente le fue informado que en el *Instituto de Seguros Sociales* había un fondo común, que con cargo a ese fondo común se podía acceder al reconocimiento de una pensión de vejez, reconoce que conocía los requisitos para acceder a la pensión y dentro de ese contexto y con ese conocimiento le pareció más llamativo la alternativa



del fondo privado, en donde podría pensionarse a una edad más temprana, sin que fondo común le resultara particularmente relevante, sino la cuenta de ahorro individual. Así, de lo relatado por la accionante se deduce probatoriamente que efectivamente tomó una decisión consciente e informada respecto de lo que estaba decidiendo en ese momento histórico.

Menciona el *a-quo* que la accionante efectivamente recibió información relacionada con las características del sistema, conocía los requisitos en uno y otro régimen para efectos de acceder a la pensión de vejez y tenía la capacidad intelectual y académica para entender y comprender la información que se le estaba suministrando, pues la misma demandante reconoce que era contadora y que en la formación profesional también había recibido capacitación en derecho laboral por parte de sus docentes.

Finalmente, destaca que no es dable operar de manera automática, mecánica e irreflexiva en punto a declarar la ineficacia de una afiliación cuando ello se reclama simplemente con la afirmación de no haber recibido información o no haber sido debidamente informado al momento de la afiliación correspondiente, toda vez que debe ser evidente que la decisión es equivocada o que es configuradora de un vicio del consentimiento que amerite precisamente en los términos del artículo 271 la ineficacia de esa afiliación.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandante mediante recurso de alzada sustentó que *Colpensiones* y *Colfondos S.A.* no lograron probar haber suministrado una información cierta, veraz y oportuna, asimismo, que se encontraba configurando el error como vicio del consentimiento, toda vez que cuando se efectuó dicho traslado el asesor de *Colfondos S.A.*, tal y como quedó plasmado en el interrogatorio de parte, le informó que su derecho pensional iba a ser superior en la AFP.

Además, señala que el despacho desconoció el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia, la inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado, el valor probatorio de los formularios de afiliación, entre otras en las sentencias STL3202 del 2020 radicado 57444, SL12136 2014 radicado 46292 y SL1452 2019 radicado 68852, por lo que es dable impartir legalidad y validez jurídica a un traslado efectuado sin el cumplimiento de la normatividad que rige dicha actuación.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:



Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

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

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



el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

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

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

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



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

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación suscrito por la demandante el día 21 de enero del 2000 ante *Colfondos S.A.*, en el que, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.*

Ahora, en el interrogatorio de parte rendido por la señora *Blanca Leonor Socha Vásquez* manifestó que con anterioridad a la fecha del traslado, esto es el 21 de enero del 2000, conocía que para pensionarse en el *Instituto de los Seguros Sociales* necesitaba acreditar una densidad de más de 1000 semanas cotizadas y una edad aproximada de 55 años; conocía que existían distintas modalidades de pensiones como invalidez, vejez, muerte



y la pensión sustitutiva, figura en la cual en su eventual fallecimiento quedaría como beneficiario su conyugue. Refiere, que dichos conocimientos los obtuvo gracias a su profesión como contadora y por haber cursado la asignatura de derecho laboral, e incluso, conocía que el *Instituto de los Seguros Sociales* se liquidaría porque así se lo mencionaban sus profesores.

Confiesa que para la fecha del traslado un asesor de la *AFP Colfondos S.A.*, se acercó a su oficina y le indicó que *el Instituto de Seguro Sociales se liquidaría*; que los recursos del Régimen de Prima Media con Prestación estaban en una bolsa común, pero no podían invertirse en el sector financiero; que en la *AFP* las cotizaciones irían a una Cuenta de Ahorro Individual, además, dichos aportes si podían invertir y por tanto generaban rendimientos aumentando la base pensional, como consecuencia tendría mejores beneficios al pensionarse en la *AFP Colfondos S.A.*

Que en el fondo privado tendría la posibilidad de programar su pensión para pensionarse antes de las edades exigidas en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin embargo, no le mencionaron los requisitos que se necesitaban. Advierte, que para el año 2000, era soltera y no tenía hijos, así, que el asesor le señaló que si llegase a fallecer sus aportes harían parte de la masa sucesoral, siendo potenciales beneficiarios sus padres, contrario al *Instituto de los Seguros Sociales*, en donde el dinero cotizado se perdería, esta última característica la consideró como una de las más llamativas, ya que no quería dejar a sus padres desprotegidos.

Que como consecuencia de los anterior, suscribió el formulario tanto para el fondo de pensiones como para el de cesantías en la *AFP Colfondos S.A.*

Ahora bien, de conformidad con lo anterior el juez de instancia concluyó que la demandante tenía el conocimiento suficiente del Régimen de Prima Media con Prestación Definida y del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por tanto, su decisión de traslado fue acertada.

Nótese entonces que si bien la actora en su interrogatorio de parte confiesa conocer ciertas particularidades de los regímenes pensionales con anterioridad a la afiliación, además que se le presentó por parte del asesor de *la AFP Colfondos S.A.* algunas de sus características, la información no fue clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, en ningún momento se mencionó por parte de la actora que se le hubiere expuesto los riesgos y consecuencias del cambio pensional, solo algunos de los beneficios que eventualmente obtendría en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pero sin detallar las condiciones para ser beneficiario de ellos, ni el capital requerido para acceder a la mesada pensional.



Además, el hecho que la demandante conozca con anterioridad algunas de las particularidades del sistema pensional o tenga cierta formación académica relacionada con los mismos, en ningún momento releva del deber de información a las Administradoras de Fondos de Pensiones, máxime cuando se reitera según los lineamientos jurisprudenciales, la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo, más no a lo acaecido con posterioridad a la afiliación, o en este caso a lo precedente.

Por lo anterior, resulta forzoso declarar la ineficacia del traslado y apareja además como consecuencia la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, incluidos los gastos de administración y las primas de la aseguradora, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

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

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

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

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

Así, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a *Colpensiones*, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

Por otro lado, cabe recordar que de conformidad a lo establecido por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, el estudio del cambio de régimen debe realizarse



desde la institución de la ineficacia contemplada en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y no desde el régimen de las nulidades sustanciales. Así lo sostuvo el máximo órgano de cierre en sentencia SL1688-2019 reiterada por la STL 8710 rad. 60836, indicando que:

“La reacción del ordenamiento jurídico (artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales. Luego resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada”

Por tanto, en el presente evento no se acreditó por la AFP el efectivo cumplimiento del deber de información, motivo que impele a revocar la decisión de primer grado, para en su lugar declarar la ineficacia del traslado.

De igual manera, respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera de la Entidad al declarar la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, e sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló:

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

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

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



Por lo anterior, la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargos al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

De otra parte, tal como lo estableció la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”*, motivo por el cual, la excepción de prescripción resulta impróspera.

Como corolario de lo anterior, la sentencia de primera instancia habrá de revocarse en su integridad. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron. Las de primera a cargo de las demandadas.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 25 de septiembre del 2020, por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario de la referencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, para en su lugar;

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por la señora **BLANCA LEONOR SOCHA VÁSQUEZ**, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad contenido en el formulario de fecha 21 de enero del 2000, tramitado por **COLFONDOS S.A.**



TERCERO: CONDENAR a *COLFONDOS S.A* a trasladar a *COLPENSIONES* la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, así como los rendimientos, gastos de administración, primas de aseguradoras y cualquier otro emolumento que se haya generado durante su vinculación hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin que les sea factible descontar suma alguna de dinero por ningún concepto.

CUARTO: CONDENAR a *COLPENSIONES*, a reactivar sin solución de continuidad la vinculación como afiliada de la señora *BLANCA LEONOR SOCHA VÁSQUEZ*, desde la fecha de la afiliación inicial al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

QUINTO: DECLARAR como no probada la excepción de prescripción de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEXTO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera a cargo de las accionadas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 02 2015 00074 01
Demandante: FEISAL FERNANDO RUEDA RUEDA
Demandado: CENTRO INTERNACIONAL DE
BIOTECNOLOGÍA REPRODUCTIVA CIBRE
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., diez (10) de diciembre de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar en el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante la sentencia proferida el 9 de marzo del 2020 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *Feisal Fernando Rueda Rueda*, formuló demanda ordinaria laboral en contra del *Centro Internacional de Biotecnología Reproductiva CIBRE*, a efectos que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo desde el 19 de marzo de 2007, el que actualmente se encuentra vigente; en consecuencia, se condene a la demandada al pago del trabajo suplementario por concepto de horas extras diurnas, dominicales y festivos; al pago de la dotación, auxilio de cesantías, intereses de cesantías, prima de servicios, compensación por no pago de las vacaciones, aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones y Salud, la sanción por la no consignación del auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, la indemnización prevista en el artículo 65 del C.S.T, lo que resulte probado *ultra y extra petita* y la indexación de las sumas adeudadas.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones manifestó que las partes suscribieron un contrato verbal de trabajo, el cual inició el 19 de marzo del 2007, el que actualmente se encuentra vigente; que durante la relación laboral ha laborado de



lunes a domingo, en un horario de 3:00 a.m a 9:00 a.m y de 1:00 p.m a 5:00 p.m; laborando 22 horas extras, de forma continua.

Precisa que el empleador le suministró la dotación en dos ocasiones, fue afiliado al Régimen General de Seguridad Social en Salud a partir del 1° de marzo del 2012, no obstante, no fue afiliado a Pensiones ni Riesgos Laborales; que no le cancelaron el auxilio de cesantías, intereses de cesantías, prima de servicios, ni vacaciones.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

El *Centro Internacional de Biotecnología Reproductiva CIBRE* operó la *litis contestatio* mediante curador *ad-litem*, señalando que se atenía a lo probado en el curso del proceso, absteniéndose de formular medios exceptivos.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 9 de marzo del 2020, absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, condenando en costas a la parte actora.

Como sustento de su decisión adujo que no se allegó al plenario la prueba documental idónea que brinde certeza el demandante prestó sus servicios personales al *Centro Internacional de Biotecnología Reproductiva CIBRE*; de igual manera, frente a la prueba testimonial, se tiene que el declarante *José Israel Bolívar*, quien señaló ser compañero de trabajo del actor, manifestó que tuvo conocimiento de que había ingresado a laborar en marzo del 2007 y que se había retirado de la empresa en marzo del 2015, lo cual refiere conoció por comentarios que le hiciera el mismo demandante y no por su percepción directa, siendo así un testigo de oídas; de igual manera, los restantes declarantes son hermanos del actor, y pese a referir constarle los extremos de la relación laboral, no manifestaron la razón de su dicho, evidenciándose además contradicciones.

III.- GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como quiera que la sentencia resultó totalmente adversa a las pretensiones del libelista, con fundamento en el artículo 69 del C.P.T y de la S.S, se impone necesario el estudio de la providencia en el grado jurisdiccional de consulta a favor del actor.



IV.- CONSIDERACIONES:

4.1 TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

4.2 PROBLEMA JURÍDICO:

Sin avizorar causal que invalide lo actuado, y encontrándose reunidos los presupuestos procesales, la Sala determinará si entre las partes existió un contrato de trabajo como medio vinculante, en caso afirmativo, analizar la procedencia de las pretensiones demandatorias.

4.3 DEL VÍNCULO LABORAL:

Para el efecto, es menester precisar que el artículo 22 del C.S.T. define el contrato de trabajo como aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. A su vez, el artículo 23 *ejusdem* determina los elementos del contrato de trabajo, ellos son la actividad personal, la continuada subordinación o cumplimiento de órdenes, y un salario como retribución del servicio.

Reunidos los citados elementos, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

El artículo 24 del C.S.T. estipula la presunción legal de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. Por ello la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha determinado que, al promotor del proceso, le incumbe acreditar la prestación del servicio, para que se active la presunción de la citada norma, evento en el cual le corresponde al eventual empleador desvirtuar la carga probatoria que le asiste, tal como lo ha adoctrinado, ente otras, en las sentencias SL1389-2020, Radicación 73353 del 5 de mayo de 2020 y SL1390 de 2020, Radicación No. 75795 del 5 de mayo de 2020.



Ahora bien, en el presente evento el promotor del juicio anhela la declaratoria de una relación con la convocada a juicio, desde el 19 de marzo del 2007, el cual solicita se declare que aún se encuentra vigente. Así mismo, se constata que tal como lo aduce la *a-quo*, al presente proceso no fue arrimada prueba documental de ninguna índole que permita esclarecer el fondo del litigio.

Por manera que los pedimentos del juicio se encuentran soportados en los testimonios que fueron evacuados al proceso, los cuales, se procederán a analizar a continuación.

En primera medida, el señor *José Israel Bolívar* aduce que laboró con el libelista en la empresa demandada, entidad en la que refiere laboró por el espacio comprendido del 2007 al 2014 en oficios varios. Precisa que al demandante lo conoció en el año 2007, y que cuando ingresó el demandante ya laboraba en dicha entidad, de igual manera para cuando él se retiró, el actor continuaba en la misma, realizando labores de ordeño de 3:00 a.m. a 5:00 p.m.

Relata que el demandante ingresó un año antes que el testigo, y que, tras su retiro continuó laborando en dicha entidad hasta marzo del 2014, conocimiento que refiere obtuvo por comentario del actor. Agrega que el jefe del libelista era el señor *Walter Gutiérrez* y posteriormente el señor *Diego Ordóñez*; que cuando el deponente arribaba a la empresa, el demandante ya se encontraba prestando el servicio y salían a la misma hora, percibiendo una remuneración salarial de \$800.000, los cuales se cancelaban en efectivo. Refiere que el actor fue sancionado por llegar tarde, lo cual también le fue comentado.

Por otra parte, el señor *Jhon Alexander Rueda*, hermano del demandante, quien expuso que laboró para la demandada de marzo del 2007 al 15 de enero del 2015, encargándose al igual que su hermano de la parte de lechería, manifestó que el actor laboró entre los años 2007 a 2015, en un horario de 3:00 a.m. a 5:00 p.m., devengando un salario de \$800.000 solucionados en efectivo, laborando de domingo a domingo, con un descanso cada 15 días, y en virtud de un contrato verbal; expresa que se emitían órdenes y en una ocasión le llamaron la atención por llegar tarde, siendo sancionado durante dos días.

Asimismo fue evacuado el testimonio del señor *Elkin Giovanny Rueda*, igualmente hermano del demandante, quien aduce haber laborado para la demandada desde



el año 2009 hasta el 2015; refiere que el demandante laboró por el periodo comprendido entre el 2007 a marzo del 2015, en una jornada laboral de 3:00 a.m. 5:00 p.m., con un descanso de un día a la semana, devengando un salario de \$800.000, los cuales eran cancelados en efectivo y posteriormente con una tarjeta del banco Colpatria; que el testigo ingresaba a laborar a las 6:00 a.m., pero que conoce que su hermano ingresaba a las 3:00 a.m. como quiera que vivían en la misma casa, y que el libelista recibía ordenes del señor *Walter Gutiérrez*, encargándose del ordeño.

Efectuadas las anteriores precisiones, para la Sala es menester precisar que dada la precariedad en el material probatorio arrimado al plenario, resulta indispensable realizar un análisis concienzudo de los testimonios vertidos, máxime cuando dos de estos se encuentra en segundo grado de consanguinidad con el demandante, siendo indispensable que analicen de manera conjunta, teniendo en cuenta lo enunciado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras en sentencia SL-2049 del 2018, cuando explicó:

"[...] los testimonios deben ser apreciados singularmente y en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, lo que requiere tener en cuenta el método de valoración descrito en precedencia, pues de lo contrario el sentenciador no habrá estimado razonadamente el acervo probatorio, sino que estaría resolviendo la controversia según su íntima convicción, opinión o creencia, tal como hizo el Tribunal en este caso."

En igual sentir, el fallador en aras de evidenciar la verdad real y no la meramente formal, tiene la potestad de evaluar libremente las pruebas vertidas en el proceso, dando un mayor valor probatorio a una sobre otras, máxime cuando encuentra aseveraciones contradictorias en las afirmaciones de los testigos. Sobre este punto, en sentencia SL-4655 del 2017, recordó nuestra máxima Corporación de cierre:

"También se impone reiterar que en presencia de varios testimonios contradictorios o divergentes que permitan conclusiones opuestas o disímiles corresponde al juzgador dentro de su restringida libertad y soberanía probatoria y en ejercicio de las facultades propias de las reglas de la sana crítica, artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, establecer su mayor o menor credibilidad, pudiendo escoger a un grupo como fundamento de la decisión y desechando el otro."

"Al punto, esta Corte, en reciente sentencia CSJ SL18578-2016, del 6 de dic. 2016, rad.70662, reiteró que:



"[...] en virtud de lo dispuesto por el artículo 61 del Código Procesal Laboral, en los juicios del trabajo los jueces gozan de libertad para apreciar las pruebas, por lo que si bien el artículo 60 ibidem les impone la obligación de analizar todas las allegadas en tiempo, están facultados para darle preferencia a cualquiera de ellas sin sujeción a tarifa legal alguna, salvo cuando la ley exija determinada solemnidad ad substantiam actus, pues en tal caso "no se podrá admitir su prueba por otro medio", tal y como expresamente lo establece la primera de las citadas normas.

"Al respecto, resulta pertinente traer a colación lo afirmado en sentencia de 27 de abril de 1977, inédita, que fue ratificado por la Sala, entre otras, en sentencia de 5 de noviembre de 1998 (Radicación 11.111).

"El artículo 61 del Código de Procedimiento Laboral les concede a los falladores de instancia la potestad de apreciar libremente las pruebas aducidas al juicio, para formar su convencimiento acerca de los hechos debatidos con base en aquellas que los persuadan mejor sobre cuál es la verdad real y no simplemente formal que resulte del proceso. Todo ello, claro está, sin dejar de lado los principios científicos relativos a la crítica de la prueba, las circunstancias relevantes del litigio y el examen de la conducta de las partes durante su desarrollo.

"Pueden, pues, los jueces de las instancias al evaluar las pruebas fundar su decisión en lo que resulte de algunas de ellas en forma prevalente o excluyente de lo que surja de otras, sin que el simple hecho de esa escogencia permita predicar en contra de lo resuelto así la existencia de errores por falta de apreciación probatoria y, menos aún, con la vehemencia necesaria para que esos errores tengan eficacia en el recurso extraordinario de casación como fuente del quebranto indirecto que conduzca a dejar sin efecto la decisión que así estuviera viciada.

"La eficiencia de tales errores en la evaluación probatoria para que lleven a la necesidad jurídica de casar un fallo no depende pues simplemente de que se le haya concedido mayor fuerza de persuasión a unas pruebas con respecto de otras sino de que, aun de las mismas pruebas acogidas por el sentenciador o de otras que no tuvo en cuenta, surja con evidencia incontestable que la verdad real del proceso es radicalmente distinta de la que creyó establecer dicho sentenciador, con extravío en su criterio acerca del verdadero e inequívoco contenido de las pruebas que evaluó o dejó de analizar por defectuosa persuasión que sea configurante de lo que la ley llama el error de hecho".

"Corresponde es los juzgadores de instancia la facultad de establecer el supuesto de hecho al que debe aplicarse la ley, y de allí que el mentado artículo 61 del Código Procesal Laboral les haya otorgado la facultad de apreciar libremente las pruebas, lo que hace que resulte inmodificable la valoración probatoria del Tribunal mientras ella no lo lleve a decidir contra la evidencia de los hechos en la forma como fueron probados en el proceso.

"Por eso, dada la presunción de acierto y legalidad que ampara la sentencia acusada, la Corte, en tanto actúa como tribunal de casación, tiene el deber legal de considerar que el juez de segunda instancia, a quien, se repite, compete la función de establecer el supuesto fáctico al que debe aplicar la norma legal, cumplió con esa función y, por tanto, acertó en la determinación



de los hechos relevantes del pleito, por no haber desvirtuado el recurrente esa presunción”

De esta manera, atendiendo a las reglas de la sana crítica y la experiencia, encuentra la Sala que si bien los testigos, son contestes en afirmar que el demandante laboró para la encartada desarrollando las labores de ordeño desde las 3:00 a.m a las 5:00 p.m de domingo a domingo, con una remuneración salarial de \$800.000 mensuales, lo cierto es que tales declaraciones, no llevan a la Sala a un completo convencimiento de la existencia del vínculo laboral, en tanto avizora la Corporación sendas contradicciones y vacíos en sus declaraciones, conforme se expone a continuación.

Por un lado, el señor *José Israel Bolívar*, quien fuera el único testigo que no tiene vínculos de consanguinidad con el promotor, aunque aduce que laboró para la encartada, aclara que cuando ingresó a laborar ya el demandante trabajaba en dicha entidad, y cuando se retiró, el actor continuaba laborando en la entidad, por manera que lo atinente a los extremos laborales, e incluso, en lo referido al llamado de atención, expone que son supuestos de facto de los cuales tuvo conocimiento acorde lo que le indicó el demandante, lo que nos conduce a inferir que es un testigo de oídas, en gran parte de su narrativa.

En otro giro, respecto a las declaraciones de *Jhon Alexander Rueda* y *Elkin Giovanny Rueda*, a más del grado de familiaridad existente entre estos y el libelista, al revisar con detenimiento la declaración, observa la Sala que existen discrepancias en sus dichos, pues de una parte se aduce que el demandante descansaba un domingo cada 15 días, y de manera contradictoria se refiere a la vez que lo fue por un día a la semana. Aunado a ello; el señor *Elkin Giovanny Rueda*, tampoco se encontraba laborando para la empresa en la data que refiere el actor inició la relación laboral, ni tampoco estuvo para la culminación de la misma, de suerte que su declaración no es contundente sobre este tópico.

Asimismo, aunque los señores *José Israel Bolívar* y *Jhon Alexander Rueda*, exponen que al actor le pagaban en efectivo, el deponente *Elkin Giovanny Rueda* indica que inicialmente fue en efectivo y luego mediante una tarjeta Colpatria.

De cara a lo indicado, dado el insuficiente material probatorio arrimado al plenario no resulta factible declarar la existencia del vínculo laboral alegado en los términos expuestos en la demanda.



Con todo, debe destacar la Sala que si en gracia de discusión, se diera por sentado que a través de los testimonios abordados se probó la prestación personal del servicio y con fundamento en la misma se declarar la existencia de la relación laboral, lo cierto es que no existe elementos de juicio suficientes para establecer los extremos temporales del contrato. En tanto, se reitera que los señores *José Israel Bolívar* y *Elkin Giovanni Rueda* no se encontraban laborando en la empresa ni a la fecha de inicio de la vinculación ni a su terminación, por manera que la única prueba del término de duración del contrato se reduciría al dicho de *Jhon Alexander Rueda*, mismo que por los argumentos expuestos, no comporta una prueba de carácter sólida para dar por acreditada la relación laboral alegada.

Dimana de lo enunciado, la indudable confirmación en su integridad de la providencia que fuere emitida en primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 9 de marzo del 2020 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, acorde lo enunciado en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



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

Ordinario Laboral 1100131050 04 2018 00637 01
Demandante: BEATRIZ BERNAL
Demandado: COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., diez (10) de octubre de dos mil veinte (2020).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de Colpensiones, a la abogada Maryi Tatiana Parra Baracaldo, identificada con Cédula de Ciudadanía No. 1.019.050.453 y T.P. 229.157 del C.S.J., en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por *Colpensiones* y *Porvenir S.A.*, en contra de la sentencia proferida el 2 de julio de 2020 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de *Colpensiones*, por cuanto la sentencia fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Beatriz Bernal*, formuló demanda Ordinaria en contra de *Colpensiones* y *Porvenir S.A.*, con la finalidad que se declare la nulidad del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de la antigua AFP Horizonte, hoy *Porvenir S.A.*, el 30 de noviembre de 2000, al no habersele brindado una asesoría veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales.

Por consiguiente, se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a *Colpensiones* tenerla como afiliada en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:



Como fundamento de sus pretensiones, refirió que se trasladó al fondo privado el 30 de noviembre de 2000 a través de Horizonte, hoy *Porvenir S.A.*, sin que el asesor de su entonces le hubiese brindado una información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas que se otorgaban tanto en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida como en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, en especial, no se hizo un estudio de su situación particular, sino que se ilustró únicamente sobre las ventajas que podría obtener al cambiarse de régimen pensional, prometiéndole condiciones y beneficios muy superiores.

Por último, adujo que nació el 3 de septiembre de 1961, por lo que cumplió 57 años de edad en el 2018, así como que se le realizó una simulación pensional en ambos regímenes, siéndole más favorable en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en su caso administrado por *Colpensiones*.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas. Refirió que dentro del presente proceso obran medios de prueba documentales suficientes que conllevan a determinar que el traslado efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el correspondiente asesor privado de su entonces, suministró la totalidad de la información en forma detallada, clara, precisa y oportuna, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía a la accionante el traslado de régimen pensional, de acuerdo con la normatividad existente al momento de dicho traslado.

Formuló las excepciones de imposibilidad de declaratoria de nulidad del traslado y ausencia de vicios del consentimiento en la suscripción del contrato de afiliación, imposibilidad jurídica de efectuar la activación de la afiliación de la demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, buena fe, prescripción, compensación y la innominada o genérica.

Porvenir S.A. manifestó que la actora tomó la decisión del traslado de régimen de manera libre y voluntaria, sin presión alguna, pues firmó bajo su consentimiento el formato de vinculación desde el año 2000, por lo que resulta inviable que se declare una falta de información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas en uno y otro sistema.

Propuso las excepciones de falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, mala fe de la demandante, aprovechamiento indebido de los



recursos públicos y del sistema general de pensiones, prescripción, y ausencia de responsabilidad atribuible.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 2 de julio de 2020, declaró la ineficacia de la afiliación efectuada por la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de Horizonte, hoy *Porvenir S.A.*, para tenerla como válidamente afiliada a *Colpensiones*.

Por tal razón, condenó a *Porvenir S.A.* a trasladar a *Colpensiones* el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora con los correspondientes rendimientos, bonos pensionales y gastos de administración, asimismo ordenó a *Colpensiones* aceptar al traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Para arribar a dicha conclusión indicó que, atendiendo los postulados jurisprudenciales emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es obligación de la AFP acreditar que al momento del traslado de la afiliada se le hubiese brindado una debida información, en lo que respecta a todos los presupuestos legales entre uno y otro régimen pensional, situación que no logró ser probada por parte de *Porvenir S.A.*, lo que conduce a declarar la ineficacia del traslado y la consecuente devolución de aportes y gastos de administración.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Porvenir S.A. refirió en su apelación que, dentro del presente asunto se demostró que a la actora le fe brindada una asesoría adecuada y ajustada a derecho, pues para el momento en que se trasladó, el único requisito legal que existía era la suscripción del formulario de afiliación, máxime que no es dable aplicar normas posteriores.

Expuso además que no es procedente la devolución de gastos administración, como quiera que existió una buena conducta en el manejo de los recursos de la demandante, de ahí que resulte impróspera esa devolución.

Colpensiones, resaltó en el recurso de alzada que la afiliación suscrita por la demandante ante *Porvenir S.A.* genera obligaciones para ambas partes, por lo que se evidencia que la AFP cumplió con las obligaciones legales correspondientes, más aún si por activa después de dieciocho años pretende demostrar el presunto deber de información, por lo que se evidencia que no asumió las cargas que la suscripción del formulario le implicaban.



Que la condena impuesta repercute contra sus intereses en cuanto, no tuvo injerencia en la afiliación que efectuara la accionante, y al retornar estaría afectando el principio de la sostenibilidad financiera.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

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



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

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

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

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



importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

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

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que efectuara la actora el 30 de noviembre de 2000 a la AFP Horizonte, hoy *Porvenir S.A.* (Fl. 12), el que si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo*



de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.

De tal manera que le asistió razón al *a-quo* al declarar la ineficacia del traslado, máxime que no se acreditó por ningún otro medio de convicción la información suministrada para la fecha del traslado. Ahora bien, frente al recurso de apelación interpuesto por *Porvenir S.A.*, respecto a la improcedencia de la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual, incluidos los gastos de administración y las primas de la seguradora, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

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

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

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

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

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que la AFP no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a *Colpensiones*, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

Ahora, en lo que concierne a la vulneración del principio de sostenibilidad financiera alegado por *Colpensiones*, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló:



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

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

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

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

Finalmente, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”*, motivo por el cual, la excepción de prescripción resulta impróspera.



Como corolario de lo anterior, se confirmará en su integridad la decisión de primer grado. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN

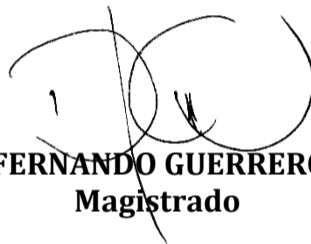
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 2 de julio de 2020 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



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

Ordinario Laboral 1100131050 04 2018 00363 01
Demandante: IGNACIO JOSÉ MARTIN GÓMEZ
Demandado: EMPRESA DE TELÉFONOS DE BOGOTÁ ETB S.A Y EL
SINDICATO DE TRABAJADORES DE LA EMPRESA DE
TELÉFONOS DE BOGOTÁ – SINTRATELEFONOS
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., Diez (10) de diciembre de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante, en contra de la sentencia proferida el 18 de junio del 2020 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *IGNACIO JOSÉ MARTÍN GÓMEZ* interpuso demanda ordinaria laboral en contra de la *EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ E.S.P* y el *SINDICATO DE TRABAJADORES DE LA EMPRESA DE TELÉFONOS DE BOGOTÁ – SINTRATELEFONOS*, a efectos de que se declare que adquirió el derecho a la pensión convencional prevista en el artículo 1° de la Convención Colectiva con vigencia 1992-1993 y el artículo 20 de la recopilación de Convenciones Colectivas con vigencia 1994-1995, suscritas entre las demandadas, las cuales se encuentran vigentes; que la *EMPRESA DE TELÉFONOS DE BOGOTÁ S.A E.S.P*, debe reconocerle la pensión de jubilación a partir del cumplimiento de los 50 años de edad, esto es, el 22 de marzo del 2017, en cuantía igual al 100% del promedio de lo devengado en el último año de servicios, con el respectivo pago del retroactivo pensional, los intereses moratorios, la indexación de las sumas adeudadas y las costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, manifestó que nació el 22 de marzo de 1967; se vinculó a la *EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ E.S.P* el 2 de abril de 1990 y ha sido beneficiario de las Convenciones Colectivas de Trabajo suscritas



por la empleadora y el *SINDICATO DE TRABAJADORES DE LA EMPRESA DE TELÉFONOS DE BOGOTÁ – SINTRATELEFONOS*.

Precisa que a la actualidad se desempeña en la empresa demandada como Profesional IV de la Dirección de Gestión Presupuestal y Contractual, por lo que cuenta con más de 27 años de servicios.

Finalmente, que el 28 de diciembre del 2017 solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación convencional, la cual fue despachada de forma negativa con oficio del 25 de enero del 2018.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La *EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A E.S.P.*, en su escrito de contestación, se opuso a las pretensiones aduciendo que el demandante no cumple los requisitos establecidos en la Convención Colectiva de Trabajo mientras esta tuvo vigencia, la cual además debe interpretarse acorde con las disposiciones del Acto Legislativo 01 del 2005.

Propuso como medios exceptivos los que denominó inexistencia de fuente normativa que imponga obligación, cobro de lo no debido, ausencia de causa, buena fe de la entidad demandada, pago, compensación, prescripción y la genérica.

Con auto del 14 de noviembre del 2019, se ordenó integrar el litisconsorcio necesario con *Positiva Compañía de Seguros S.A*, quien a su turno, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aduciendo que las mismas no se pueden dirigir contra dicha entidad y en todo caso, no puede ser condenada puesto que el actor no se encuentra cobijado por el seguro de conmutación pensional. A más que para julio del 2011, no cumplió con los requisitos exigidos para acceder al derecho pensional.

Formuló como medios exceptivos, los de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho y la obligación, indemnidad y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 18 de junio del 2020, absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante, absteniéndose de fulminar condena en costas.



Para arribar a dicha conclusión manifestó que, el problema jurídico como quedó fijado en el litigio consiste en establecer si el demandante cumple con los requisitos establecidos en la Convención Colectiva de Trabajo para ser beneficiario de la pensión de jubilación, pese a cumplir el requisito de edad con posterioridad a la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005.

Estimó que de acuerdo con la certificación allegada con la contestación de la demanda y que obra a folio 107 del expediente, se puede corroborar que el demandante prestó sus servicios a la *EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A E.S.P.* desde el 31 de mayo de 1990; de igual manera, que para la fecha de la presentación de la demanda el vínculo se encontraba vigente.

De otra parte, que se allegó el texto de la Convención Colectiva de Trabajo, sin embargo, contiene un sello de fecha 14 de febrero de 1992, lo cual no acredita que haya sido depositada ante el Ministerio del Trabajo, y menos aún en el término de 15 días siguientes a su suscripción, citando para la tal consideración la sentencia SL 11004 de 2017.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión del *a-quo* el demandante presentó recurso de apelación, en el que en suma indicó que en el expediente obran pruebas documentales en las que se puede advertir que existió una primera vinculación que data del 30 de enero de 1989, la que finalizó al año siguiente y tras una suspensión se vinculó de manera directa con la accionada, por lo que para el año 2009, y previo a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 del 2005, ya contaba con los 20 años de servicio con la entidad.

De otra parte, en cuanto lo que tiene que ver con la Convención Colectiva de Trabajo, que el *a-quo* no advirtió falencia alguna en el auto admisorio de la demanda, por ende, se debió establecer lo atinente a la constancia de depósito en dicho estado del proceso y no en la sentencia, más aún cuando en otros procesos se ha aportado el mismo texto; asimismo, al momento de contestarse la demandada, la accionada no desconoció la vigencia ni el contenido de la Convención Colectiva de Trabajo.

Finalmente, que cumple los requisitos consagrados en el artículo 26 de la Convención Colectiva de Trabajo, esto es, 20 años de servicios y 50 años de edad, a



los que arribó el 22 de marzo del año 2017, en atención a las recomendaciones de la OIT y los tratados de derecho internacional que se encuentran vigentes y han sido ratificados por el Estado colombiano, más aún cuando en eventos similares la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha reconocido el derecho pensional, en las que se ha referido que la cláusula convencional tiene la estructura propia de una pensión restringida, de manera que no resultaba necesario para su adquisición que el trabajador tuviera cumplida la edad en el momento de la presentación de la demanda, exponiendo además un antecedente del Tribunal Superior de Cali.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si el demandante tiene derecho a la pensión de jubilación convencional anhelada.

c. De la constancia de depósito de la Convención Colectiva de Trabajo:

Atendiendo a que la sentencia primigenia, fue despachada de forma desfavorable por el *a-quo*, con fundamento en que la Convención Colectiva de Trabajo aportada, adolece de la respectiva constancia de depósito, se iniciara el estudio del debate respecto a este punto.

Para desatar el problema jurídico establecido, es necesario traer a colación lo establecido en el artículo 469 del C.S.T.:

“La convención colectiva debe celebrarse por escrito y se extenderá en tantos ejemplares cuantas sean las partes y uno más, que se depositará necesariamente en el Departamento Nacional de Trabajo, a más tardar dentro de los quince (15) días siguientes al de su firma. Sin el cumplimiento de todos estos requisitos la convención no produce ningún efecto” (Resalta la Sala).



Luego, atendiendo que se trata de una solemnidad que debe estar incorporada en la Convención Colectiva de Trabajo, ya que se demanda un derecho consagrado en el precepto normativo convencional, para que aquella fuente de derechos tenga plena eficacia y validez, es claro que la simple copia de su recopilación sin aquella constancia carece de valor probatorio.

Al respecto, el máximo órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral ha establecido de tiempo atrás, que la carencia de nota de depósito no le permite al Juez considerar la convención como fuente de los derechos reclamados.

Dicha tesis se ha sostenido entre otras en la sentencia SL 13690 de 2016, en la que se dijo:

“Con todo, se impone recordar que el depósito de la convención colectiva del trabajo ante el organismo administrativo es un requisito esencial para que produzca efectos, conforme lo estatuye el art. 469 del C.S. T. Es así como en sentencia CSJ SL 5882 – 2016, la Sala razonó:

“Aquí y ahora, conviene memorar que esta Sala tiene adoctrinado que aun cuando el art. 54 A del CPT y SS tiene por auténtica la reproducción simple de la convención colectiva de trabajo y de la constancia o certificación que haga parte o deba anexarse a dicho documento, lo cierto es que, si bien el legislador eliminó la necesidad de la autenticidad para esos dos textos, mantuvo la exigencia del depósito oportuno como requisito de validez y eficacia del instrumento colectivo (CSJ SL, 13 mar. 2207, rad. 27575; CSJ SL, 9 ago. 2011, rad. 38945 y CSJ SL, 4 dic. 2012, rad. 37106).

“Bajo este entendimiento, la convención colectiva cuya indebida apreciación se censura, no se puede tener como un acto jurídico válido, fuente de derechos y, en esa medida no erró el sentenciador de segundo grado”.

“También tiene adoctrinado esta Corte que por tener la convención colectiva el carácter de un acto solemne, su acreditación está sujeta a que se demuestre que se cumplieron los requisitos exigidos por la ley para que se constituya en un acto jurídico válido, con poder vinculante, de manera que si tal documento no se aporta al proceso de manera completa no podrá el juez del trabajo concluir que se acreditó la existencia de la convención colectiva y consecuentemente le está vedado reconocer eventuales derechos acordados a través del trámite de la negociación colectiva (sentencia CSJ SL8718, rad. 43003 del 2 de julio de 2014).

Efectuadas las anteriores precisiones, la Sala procedió a analizar la Convención Colectiva de Trabajo aportada al paginario a folios 19 a 31 y 40 a 53, logrando constatar que en ella no aparece la constancia de depósito exigida.



Siendo preciso destacar que aun cuando en algunas hojas aparece un sello, el mismo es totalmente ilegible, y no es dable determinar con claridad lo consignado en el mismo, pues en ninguna de las documentales se puede extraer de forma completa el texto consignado en el sello.

Aunado a ello, le asiste la razón al fallador de primera instancia al indicar que ya nuestro máximo órgano de cierre ha decantado frente a este tipo de sellos, que tales marcas no dan certeza sobre el lleno del requisito previsto en el artículo 469 del C.S.T. Es así, como en una providencia de similares características al asunto que hoy nos incumbe, indicó:

“Es pertinente establecer que, si bien las hojas que contienen el capítulo convencional a cuya aplicación aspiraba el impugnante, exhiben todas un sello que señala la fecha «21 ENE. 2011» y otro que reza «DIRECCIÓN TERRITORIAL CUNDINAMARCA GRUPO ATENCIÓN AL CIUDADANO Y TRÁMITES», con esas marcas no era posible que el tribunal diera por cumplido el depósito exigido en el ya mencionado mandato legal, pues esos sellos no dan certeza del cumplimiento de ese requisito, de manera que la decisión atacada no puede ser derruida por los motivos estudiados. (SL 397 del 2020)”

En lo que atañe al reparo formulado en la alzada, consistente en que dicho yerro acaece con ocasión del Juzgado, como quiera que en la demanda se precisó que la Convención Colectiva de Trabajo se aportaba con la respectiva constancia de depósito, sin que en el momento en que se calificara el libelo genitor se refiriera nada sobre el particular, basta indicar que tal argumento no es de recibo, pues en el acápite de pruebas cuando se relacionan las Convenciones Colectivas de Trabajo no se enuncia que cuenten con la constancia de depósito (Fl 3 vuelto), aunado a ello que es en la sentencia en la que se examina si la Convención Colectiva de Trabajo cumple los presupuestos para ser considerada fuente formal de derechos.

Finalmente, se destaca que el incumplimiento de tal requisito de orden legal no puede ser subsumido por el simple silencio de la demandada respecto de la validez de los instrumentos Convencionales aportados. Luego, este punto de la alzada tampoco daría lugar a la revocatoria de la decisión primigenia.

Reparos que, sin lugar a dudas, nos permiten afirmar que la parte demandante no cumplió con la carga probatoria que le impone el artículo 167 del C.G.P, aplicable a los juicios laborales por remisión del artículo 145 del C.P.T y la S.S, por lo que se impone necesaria la confirmación del fallo emitido en primera instancia.



Como corolario de lo anterior, se confirmará la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN:

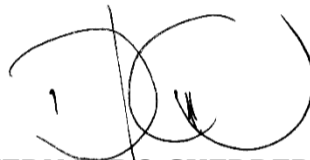
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 18 de junio del 202, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del asunto de la referencia, por las consideraciones vertidas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

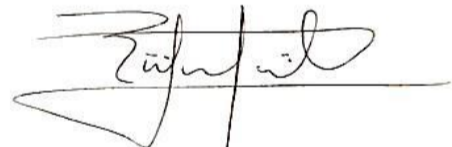
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



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

Ordinario Laboral 1100131050 04 2019 00503 01
Demandante: ERNESTO AUZA GOMEZ
Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., diez (10) de diciembre de dos mil veinte (2020).

AUTO

Acorde el poder allegado *Porvenir S.A* se le reconoce personería adjetiva para actuar a la profesional del Derecho Johana Alexandra Duarte Herrera, identificada con C.C No 53.077.146 y T.P No 184.941.

SENTENCIA:

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en beneficio de esta última, respecto de la sentencia proferida el 11 de agosto de 2020 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, toda vez que fue condenada y La Nación funge como su garante.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *Ernesto Auza Gómez* interpuso demanda ordinaria laboral en contra de *Colpensiones y Porvenir S.A.*, a efectos de que se declare la nulidad de la afiliación realizada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad promovida por la AFP demandada, por lo que el traslado debe considerarse ineficaz.

En consecuencia, se ordene a *Colpensiones* a mantener al demandante en las mismas condiciones pensionales que tenía al momento del traslado inicial; se ordene a *Porvenir S.A.* a trasladar a *Colpensiones* la totalidad de los aportes efectuados en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, junto con los



rendimientos financieros, así como el valor descontado por concepto de administración y toda la información necesaria para que se actualice la historia laboral; y al pago de las costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones expuso en síntesis que se vinculó al entonces *Instituto de Seguros Sociales* el 30 de septiembre de 1994; que el 1º de noviembre de 1998 solicitó su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por cuanto según la asesoría que le brindaron, le indicaron que podía pensionarse a cualquier edad y con el monto de la pensión que deseara, luego no se le brindó información suficiente, completa y clara.

Precisa que el 31 de octubre de 2018 le indican que su pensión a los 62 años ascendería a la suma de \$1.394.000, no obstante, en *Colpensiones* el monto de la misma correspondería a \$3.403.390.

Que el 26 de marzo del 2019 radicó ante *Porvenir S.A* y *Colpensiones* solicitud de nulidad de traslado, pero las mismas fueron despachadas de forma desfavorable.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones operó la *litis constestatio* en la que se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, aduciendo que el traslado de régimen operó de forma libre y voluntaria, garantizándose el derecho de libre escogencia de régimen.

Propuso y sustentó como excepciones de mérito las que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, improcedencia de la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen, inexistencia de la obligación de afiliación, excepción de error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, presunción de legalidad de los actos jurídicos y la genérica.

Por su parte *Porvenir S.A.* se opuso a las pretensiones incoadas en su contra aduciendo que el demandante no allega prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la omisión del deber de información por parte de la AFP al



momento del traslado de régimen; además no allega prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la ineficacia o nulidad.

Propuso como medios exceptivos los que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, en providencia del 11 de agosto del 2020 declaró la ineficacia de la afiliación que hizo el demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad que administra *Porvenir S.A.*, para tenerlo como válidamente afiliado a *Colpensiones*; condenó a *Provenir S.A.* a trasladar a *Colpensiones* el saldo existente en la cuenta de ahorro individual del actor con todos sus frutos, rendimientos, bonos pensionales y gastos de administración.

Como sustento de su decisión rememora lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, en sentencia con Radicación SL 17595 de 2017, en la que se indica que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, por lo que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, por lo que tienen el deber de proporcionar la información completa y comprensible, máxime que se debe diferenciar entre un administrador experto y un afiliado lego en materia de alta complejidad.

Así, como quiera que desde la demanda la parte actora indicó que no se le ha otorgado la información suficiente, en estos casos la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado, tal como lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia en sentencia 68852 de abril de 2019, en la que refirió que bajo tal premisa frente al tema puntual de a quien 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, entonces como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que si la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo; y en sentencia 68838 de 2019 de



la misma Corporación señaló que el acto jurídico de traslado de régimen debía estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario como mínimo acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los dos regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Concluyó que es la AFP quien debía demostrar que le otorgó la información debida a la demandante, y como no lo hizo, en tanto solo aportó el formulario de afiliación, es procedente el acceder a las pretensiones de la demanda.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión de primera instancia *Porvenir S.A*, presentó recurso de apelación en el que en suma solicita la revocatoria del fallo de primera instancia, pues si bien se indicó que no se prestó la respectiva asesoría, se debe reprochar la omisión del demandante de no haber realizado el traslado anteriormente, además de no solicitar asesoría o información adicional respecto del estado de su afiliación y las condiciones de los regímenes pensionales, teniendo en cuenta que ostenta la calidad de consumidor financiero.

De otra parte, en el interrogatorio de parte confesó conocer las características del régimen, y no es un afiliado lego sino un afiliado experto, luego debió actuar con mediana diligencia, máxime que los aspectos de la pensión se encuentran previstos en la ley, no siendo su ignorancia excusa para su desconocimiento.

Finalmente, que la decisión implica someter a las AFP a un imposible jurídico, pues deben aportar pruebas documentales sobre requisitos de asesoría que no estaban vigentes para la data del traslado, aunado a ello que no es dable una devolución de los gastos de administración, pues su causación se encuentra contemplada en la ley y tienen una disposición específica, a la cual ya fueron destinados.

A su turno, *Colpensiones* presenta recurso de apelación teniendo en cuenta que la entidad no tuvo injerencia en la decisión adoptada por el demandante, máxime que se estaría contribuyendo a la descapitalización del fondo, perjudicando a los afiliados que durante todo el tiempo han realizado sus cotizaciones a dicha entidad.



IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema Jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

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



Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447 de 2017.

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

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

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



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

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

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

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

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



cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente de si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación a *Horizonte S.A.*, hoy *Porvenir S.A.* del 1° de noviembre de 1998 (Fl 125), en el que si bien se refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Por otra parte, en el interrogatorio de parte en manera alguna el accionante confesó que se le haya suministrado la información requerida, por cuanto se limitó a indicar que recibió una asesoría individual en el lugar donde laboraba, en la que el asesor comercial le dijo básicamente que era un régimen en el que la pensión se causaba a través del ahorro a lo largo de la vida, y que la pensión no sería inferior a la que le reconocería el Instituto de Seguros Sociales, toda vez que el dinero depositado no correría ningún riesgo, además que tendría mayores beneficios, pues si ahorraba por más tiempo tendría una mejor pensión y podría pensionarse antes de tiempo.

De tal manera que no se advierte una confesión frente al cumplimiento del deber de información, en tanto no se avizora que se detallen aspectos relevantes, tales como las ventajas y desventajas de cada régimen, así la cantidad de capital ahorrado que requería para acceder a la prestación económica.

En ese orden de ideas se debe declarar la ineficacia del traslado, lo que además apareja como consecuencia el deber de devolución de los emolumentos que se



hayan percibido los Fondos Pensionales, incluyendo las cotizaciones, cuotas de administración, primas de aseguradoras y rendimientos, dado que, ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen, no ostentan de soporte legal. En lo atinente a la devolución de los gastos de administración, debe referirse que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

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

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

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

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

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que no se verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado, los cuales, deben retornar de manera íntegra a *Colpensiones*, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, con lo cual se desestiman los argumentos propuestos por la AFP demandada en el recurso de alzada.

En cuanto a la vulneración del principio de sostenibilidad financiera de la entidad, al declarar la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL3464 Radicación 76.284 de fecha 14 de agosto de 2019, señaló:



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

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

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

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

En virtud del grado jurisdiccional de consulta, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de



mayo de 2019, “la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”, motivo por el cual, la excepción de prescripción resulta impróspera.

Como corolario de lo anterior, se confirmará en su integridad la decisión de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN:

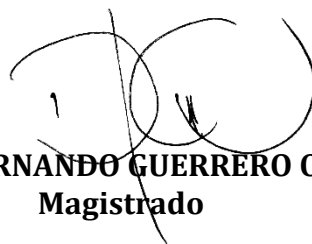
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:


PRIMERO: CONFIRMAR sentencia proferida el 11 de agosto del 2020 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

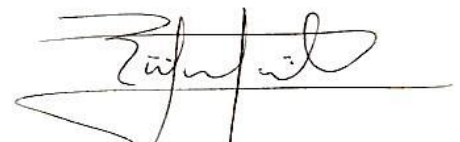
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



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

Ordinario Laboral 1100131050 05 2019 00027 01
Demandante: IVÁN DE JESÚS CARMONA
Demandado: COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., diez (10) de diciembre de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, así como estudiar en el grado jurisdiccional de consulta a favor de *Colpensiones*, la sentencia proferida el 3 de junio del 2020 proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *Iván de Jesús Carmona* presentó demanda ordinaria laboral en contra de *Colpensiones*, a efectos que se declare que es beneficiario del régimen de transición consagrado en la Ley 100 de 1993, debiendo la accionada asumir la responsabilidad en la mora del pago de aportes por parte del empleador Surcolombiana de Seguridad Ltda., así como la corrección de la historia laboral por los períodos que si fueron cotizados; en consecuencia, se la condene al reconocimiento y pago de la pensión de vejez bajo los postulados del Acuerdo 049 de 1990 desde el 14 de marzo de 2009, más los intereses moratorios y la indexación.



1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que nació el 14 de marzo de 1944, habiendo cumplido 50 años para el 1º de abril de 1994, por lo cual es beneficiario del régimen de transición consagrada en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Que el 14 de febrero de 2006 solicitó el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, la cual fue reconocida mediante Resolución No. 001429 de 2006, en cuantía de \$4.104.859, frente a la cual interpuso recurso de apelación en el sentido de reconocer la pensión de vejez de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990, el cual se desató mediante Resolución No. 0373 del 21 de noviembre de 2006, confirmando el acto administrativo.

Que el 7 de febrero de 2018 solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, la cual fue negada mediante Resolución No. SUB 83820 del 27 de marzo de 2018, bajo el argumento que no contaba con las semanas requeridas; que contra dicha resolución interpuso el recurso de reposición y en subsidio de apelación, los que se desataron de manera negativa a sus intereses mediante Resoluciones Nos. SUB 146834 del 31 de mayo de 2018 y DIR 11224 del 14 de junio de 2018, respectivamente.

Que en la historia laboral actualizada expedida por *Colpensiones* del 19 de octubre de 2018, se evidencia que contaba con 512,86 semanas por el periodo comprendido entre el 28 de marzo de 1989 y el 31 de enero de 2005; que laboró para la sociedad Surcolombiana de Seguridad Ltda. entre el 28 de marzo de 1989 y el 31 de enero de 1996, pese a ello para el ciclo 1995-10 solo se imputan 12 días, cuando lo correcto eran 30; de igual manera, los ciclos 1995-11, 1995-12 y 1996-01 no son tenidos en



cuenta, siendo que corresponden a 12,85 semanas; asimismo, se evidencia una deuda del empleador para los ciclos 1995-06 y 1995-07, sin que se hayan adelantado las acciones de cobro.

Finalmente, que al sumar las semanas faltantes, acredita un total 502,58 semanas en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, siendo así beneficiario de la pensión de vejez.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas en su contra, aduciendo que el accionante, tal como da cuenta la historia laboral, no reúne los requisitos para acceder a la prestación económica en los términos del Acuerdo 049 de 1990.

Formula como medios exceptivos los que denominó carencia de causa para demandar, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación y la innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 3 de junio del 2020 condenó a *Colpensiones* a reconocer al actor la pensión de vejez a partir del 7 de febrero de 2015 en cuantía que no puede ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente, más los reajustes legales y las mesadas adicionales 13 y 14; al pago de los intereses moratorios a partir del 8 de junio de 2018 hasta el pago efectivo de la prestación; declaró parcialmente probada la excepción de prescripción respecto de las mesadas causadas con anterioridad al 7 de febrero de



2015 y probada la de compensación, autorizando a descontar del retroactivo lo pagado por concepto de indemnización sustitutiva así como los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Para el efecto estimó que el demandante nació el 14 de marzo de 1944, por ende, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1994 contaba con 50 años de edad, era beneficiario el régimen de transición, cumpliendo además los 60 años el 14 de marzo de 2004, antes de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005, pro lo cual resulta destinatario del Acuerdo 049 de 1990.

De otra parte, que en la historia laboral más reciente del 9 de octubre de 2017, en la cual se tienen en cuenta los períodos de 30 días que se refería no se contabilizaban, llamando la atención que en el ítem de “*observaciones*” en diversos meses de 1995 y 1996, que los días reportados por el empleador si fueron 30, no obstante *Colpensiones* no los tiene en cuenta al señalar que los nombres no concuerdan con la Registraduría, lo cual no es de recibo, en tanto si corresponde el número de identificación del trabajador.

De otra parte, que *Colpensiones* no adelantó de las acciones de cobro en contra de Surcolombiana de Seguridad Ltda., máxime que se aportó el certificado laboral en el que se da cuenta que labró desde el 28 de marzo de 1989 hasta el 16 de enero de 1996, de tal manera, que en total contabilizando así 537,58 semanas, accediendo así al reconocimiento pensional.

Finalmente condenó al pago de intereses moratorios, refiriendo que la pensión se solicitó el 7 de febrero de 2018, por lo cual los mismos operan desde el 8 de junio de 2018, asimismo, que la prescripción operó desde el 7 de febrero de 2015.



III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

La parte demandada inconforme con la decisión, presenta recurso de apelación en el que en suma indica que el actor no contaba con el número de semanas requeridas para acceder a la pensión con base en el Acuerdo 049 de 1990, pues no tenía 1000 semanas en cualquier tiempo ni 500 en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima, máxime que ya le fue reconocida la indemnización sustitutiva de pensión de vejez, la que es incompatible con la prestación deprecada, al incurrir en doble pago o asignación a cargo del erario público, solicitando además se absuelva de las costas al actuar de buena fe, y estudiar la pensión con base en la normativa aplicable para la fecha en que solicitó el reconocimiento.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, si resulta procedente el pago de los intereses moratorios y si se debe revocar la condena en costas a *Colpensiones*.



c. De la pensión de vejez:

Sea lo primero indicar que de la revisión del plenario se evidencia que el accionante el 14 de febrero de 2006 reclamó en una primera oportunidad, el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, la que le fue reconocida mediante Resolución No. 001429 del 27 de marzo 2006, frente a la cual interpuso de recurso de reposición, solicitando de manera expresa que en su lugar le fuera reconocida pensión de vejez, no obstante, se confirmó el reconocimiento de la indemnización sustitutiva con Resolución No. 0373 de noviembre 22 de 2006.

De otra parte, realizó una segunda petición de reconocimiento pensional el 7 de febrero de 2018, la cual fue negada en Resolución No. SUB 83820 del 27 de marzo de 2018, confirmada con Resoluciones SUB 146834 del 31 de mayo de 2018 y DIR 11224 del 14 de junio de 2018, aduciendo el no cumplimiento de las semanas mínimas exigidas.

Ahora bien, aduce el recurrente que no fueron tenidos en cuenta todos los tiempos cotizados en la historia laboral, teniendo en cuenta que no fueron acogidos (i) 30 días del período de octubre de 1995; (ii) los períodos de noviembre y diciembre de 1995 y enero de 1996; (iii) los ciclos de junio y julio de 1995, así como lo no aportado por la empleadora Surcolombiana de Seguridad Ltda.

Ahora bien, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3790-2020, Radicación No. 74184 del 30 de septiembre de 2020, en lo que respecta al pago por concepto de aportes en mora de la índole que atañe al presente asunto manifestó:

“Ahora bien, lo que genera distanciamiento del censor con la sentencia cuestionada, es la regla jurídica en virtud de la cual, los aportes al sistema de



pensiones que se registren en mora o no son cancelados por el empleador correspondiente, deben ser validados por las administradoras de fondos de pensiones, para el reconocimiento de las pensiones derivadas del sistema, si no acreditan el ejercicio de las acciones de cobro que les atribuye la ley, dado que dicho razonamiento, a su juicio, invierte el esquema de responsabilidades establecido legalmente, a la vez que promueve una cultura de no pago y afecta la sostenibilidad financiera del sistema.

“Dichas disertaciones en repetidas oportunidades han sido analizadas por la Corte, en las que se ha reiterado la regla jurídica asumida por el Tribunal, en virtud de la cual, conforme a la interpretación armónica de los artículos 22, 23 y 24 de la Ley 100 de 1993 y a los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad, es adecuada, en tanto permite concluir que la mora del empleador en el pago de los aportes, no afecta la validez de las semanas de cotización de un afiliado, cuando la entidad de seguridad social no acredite el adelantamiento de las acciones tendientes a gestionar su cobro.

“Ello es así, en criterio de la Corte, porque la cotización al sistema de pensiones se origina con la actividad que como trabajador despliega el afiliado, de manera que los aportes son consecuencia inmediata de la prestación del servicio en cuyo pago y recaudo, tienen obligación empleadores y administradoras.

“También enseñó en sentencia CSJ SL984-2019, que no se trata de avalar el reconocimiento y pago de pensiones a cargo de las administradoras de pensiones, desconociendo la obligación que tiene los empleadores de efectuar las cotizaciones,

“[...] pues a la conclusión cuya revisión impetra la recurrente, ha llegado la Corporación por el ejercicio hermenéutico de las normas que integran el sistema e imponen obligaciones a unas y otros para garantizar el derecho a la pensión de los trabajadores, así como para afianzar el equilibrio financiero del sistema en el que insoslayablemente tienen interés los fondos de pensiones, con el objetivo de lograr la eficiencia de su funcionamiento en beneficio propio y, además, como valor o principio supremo, para cumplirle a sus afiliados con el pago de las prestaciones a su cargo.

“En sentencia CSJ SL348-2019 en la que se estudió un asunto de similares contornos, frente a los reparos formulados por la misma sociedad recurrente, esta Sala dijo:



“En ese sentido, las pautas jurisprudenciales precedentes a las que acude el recurrente han sido justificadamente superadas por la Sala, a partir de premisas tales como que, en el caso de los trabajadores dependientes, la cotización se causa a partir de la prestación efectiva del servicio (CSJ SL, 30 sep. 2008, rad. 33476, CSJ SL5987-2014); que es el fondo de pensiones el que tiene a su alcance medidas legales eficaces para perseguir el pago de las cotizaciones (CSJ SL4932-2014); que el trabajador no puede asumir las consecuencias de conductas omisivas del empleador ajenas a su responsabilidad; y que, en dicha medida, la cotización debe ser validada, por el periodo correspondiente a su causación, así hubiera sido pagada de manera extemporánea (CSJ SL, 25 jul. 2012, rad. 40852, CSJ SL782-2013).

“Ahora bien, contrario a lo aducido por la censura, la orientación jurisprudencial construida por la Corte en el tema estudiado encuentra pleno respaldo en las reglas sobre distribución de responsabilidades entre los agentes partícipes del sistema de pensiones; está abrigada por principios de la seguridad social como la eficiencia, la unidad y la integralidad; asegura la protección de las contingencias que afectan a todos los trabajadores, en el sentido amplio del término, a través de un sistema único, articulado y coherente, ajeno a la dispersión de modelos y de responsables del aseguramiento que se tenía con anterioridad; y no afecta las bases de financiación de las prestaciones, fundadas en el recaudo oportuno de los aportes, a cargo de los fondos, y en sistemas especiales de aseguramiento, con aseguradoras contratadas para tales fines.

“Cabe advertir, finalmente, que las objeciones de la censura a la orientación defendida por la Sala se apoyan en meros supuestos especulativos, sin respaldo objetivo alguno, pues, entre otras cosas, la evasión en el pago de aportes al sistema es algo que, por mandato legal, corresponde perseguir a los propios fondos de pensiones, además de que las presuntas conductas fraudulentas constituyen supuestos que corresponde analizar en cada caso, pero que no pueden ser enarbolados en abstracto, para afectar los derechos fundamentales de los afiliados.

Así las cosas, conforme se corrobora en la historia laboral del 19 de octubre de 2018, *Colpensiones* certifica un total de 512,86 semanas, evidenciándose respecto de los ciclos que echa de menos el actor, que a diferencia de lo relatado en la demanda, para los meses de junio, julio de 1995, los mismos si fueron tenidos en cuenta (Fl 6).



De otra parte, en efecto para el mes de octubre de 1995 se reportan 12 días y 0 días en noviembre y diciembre de 1995 así como enero de 1996 (Fl 6), en los cuales se reporta como empleador a Surcolombiana de Seguridad Ltda.

Milita de igual manera, el certificado laboral expedido por la sociedad Surcolombiana de Seguridad Ltda., mediante la cual se da cuenta que el accionante laboró entre el 16 de marzo de 1989 y el 31 de enero de 1996 (Fl. 42), documental que no fue redargüida de falsa, aunado a ello que coincide con los periodos de afiliación de la historia laboral, en la cual se evidencia que se incluye a dicha sociedad como empleadora entre el 28 de marzo de 1989 y el 31 de enero de 1996 (Fl. 5).

De tal manera, que le asistió razón al *a-quo* al señalar que los períodos no cotizados por dicho empleador deben imputarse para el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, teniendo en cuenta que *Colpensiones* no adelantó las acciones de cobro, por lo cual la mora patronal no puede trasladar sus efectos negativos al afiliado.

De otra parte, tampoco era dable desconocer periodos cotizados, bajo el argumento de no coincidir los nombres con los de la Registraduría Nacional del Estado Civil, teniendo en cuenta que los aportes se hicieron al trabajador con su número de cédula de ciudadanía, y concuerdan con la previa afiliación.

De la pensión pretendida:

Pretende la parte demandante, le sea reconocida la pensión de vejez en los términos regulados en el Decreto 758 de 1990, por ser beneficiario del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.



Ahora bien, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, establece frente al tema específico de la transición que para acceder a regímenes anteriores, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 debían acreditar alguno de los dos requisitos a saber:

- (i) mujeres treinta y cinco (35) años y los hombres cuarenta (40) años, o
- (ii) quince (15) años de servicios.

Estos requisitos, fueron controlados por el Acto Legislativo 01 de 2005, el cual en su Parágrafo Transitorio 4º, consagró que el régimen de transición no podía extenderse más allá del 31 de julio de 2010, excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen tuviesen cotizadas 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia de dicho Acto Legislativo, es decir para el 29 de julio de 2005, a los cuales se les mantendría la transitoriedad hasta el 31 de diciembre de 2014.

Ahora bien, en el caso del demandante, según se desprende de la copia de su cédula de ciudadanía, la cual reposa a folio 3, se tiene que nació el 14 de marzo de 1944, por lo que al 1 de abril de 1994 contaba con 50 años de edad, de ahí que en principio sea beneficiario del régimen de transición.

De otra parte, cumplió 60 años de edad el 14 de marzo de 2004, esto es, con anterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, por ende, dicha normativa no restringió en su caso particular, los beneficios propios del régimen de transición.

En tal sentido, el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, prevé la pensión de vejez, para el caso de los hombres, cuando estos cumplan 60 años de edad y acrediten 500 semanas cotizadas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima o 1000 en cualquier tiempo.



El demandante cumplió la edad exigida el 14 de marzo de 2004, pues se itera, nació el mismo mes y día del año 1944, y al confrontar los tiempos cotizados, incluyendo los períodos no cotizados por el empleador Surcolombiana de Seguridad Ltda., se tiene que en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima, esto es, entre el 14 de marzo de 1984 al 14 de marzo de 2004, cotizó para la referida sociedad Surcolombiana de Seguridad entre el 28 de marzo de 1989, fecha de afiliación, y el 31 de enero de 1996, un total de 353,7; para el empleador Sotomonte Vélez & Cia., entre el 1º de marzo de 1996 y el 31 de enero de 1999 un total de 146,43 semanas, y como independiente entre el 1º de noviembre de 2002 y el 29 de febrero de 2004 un total de 54,15 semanas , para un total de 554,28 semanas, cumpliendo así el requisito mínimo de semanas.

Así las cosas, se concluye que el aquí demandante es beneficiario del régimen de transición, y por consiguiente merecedor de la pensión en los términos del Decreto 758 de 1990.

Frente a la mesada pensional, se tiene que la misma debe ser igual al salario mínimo legal mensual vigente, y sobre 14 mesadas, toda vez que la pensión se causa con anterioridad a la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005.

De igual manera, se debe confirmar la autorización de descuento de la indemnización sustitutiva, la cual no resulta motivo para el no reconocimiento de la pensión, pues no fue otorgada en debida forma por la accionada quien debió proceder al reconocimiento pensional; de igual manera, la autorización de descuento de aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

De la excepción de prescripción:



Como quiera que la demandada *Colpensiones* formuló la excepción de prescripción, la misma se declarará probada parcialmente. Ahora bien, señala el *a-quo* que la prescripción opera respecto de las mesadas causadas con anterioridad al 7 de febrero de 2015, toda vez que la pensión se reclamó el 7 de febrero de 2018.

De la revisión del plenario se tiene que la pensión se reclamó en una primera oportunidad a través de la interposición del recurso de reposición contra la Resolución No. 001429 del 27 de marzo 2006, en la cual se había conferido la indemnización sustitutiva, y frente a la cual se solicitaba de manera expresa se reconociera la pensión de vejez; posteriormente se eleva una segunda petición que data del 7 de febrero de 2018, la cual interrumpe la prescripción al tratarse de una prestación periódica, por ende la prescripción en este evento opera desde el 7 de febrero del 2015, como lo consideró el *a-quo*, máxime que la demanda se radicó el 15 de enero de 2019 (Fl. 73), y se notificó el 14 de marzo de 2019, por lo cual se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

De los intereses moratorios contemplados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993

Sobre el particular, le asiste derecho al demandante, en tanto ese vidente que conforme se analizó a lo largo de esta decisión, la encartada no computó los aportes que era de su deber recaudar ante el respectivo empleador conforme a la facultad que le otorga la Ley 100 de 1993, situación que como se dijo, no logró ser demostrada dentro del plenario, y que a su vez no se le puede endilgar al pensionado, de ahí que resulte la procedencia de este concepto, aspecto que también se acompasa con la disposición emanada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3130-2020, Radicación No. 66868 del 19 de agosto de 2020.



Por lo anterior, se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto, máxime que al haberse elevado la petición el 7 de febrero de 2018, los intereses se causan desde el 8 de junio de 2018, como lo dispuso el *a-quo*.

Costas procesales:

Finalmente, se confirmará la condena en costas de primera instancia en contra de *Colpensiones*, toda vez que se opuso a las pretensiones a la demanda, siendo vencida en juicio, aunado a ello el carácter objetivo de las mismas de conformidad con el artículo 365 del C.G.P.

Por todo lo dicho, la sentencia de primer grado habrá de confirmarse. Así se decidirá.

SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 3 de junio del 2020 proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

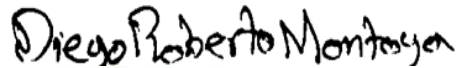


SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

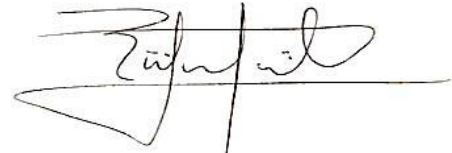
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



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

Ordinario Laboral 1100131050 06 2018 00571 01
Demandante: JUAN CARLOS ALEJO SIERRA
Demandado: RAMAL CONSTRUCCIONES S.A.S.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., diez (10) de diciembre de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 2 de marzo de 2020 por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *Juan Carlos Alejo Sierra*, promovió demanda ordinaria en contra de *Ramal Construcciones S.A.S.*, con la finalidad que se declare la existencia de un contrato de trabajo de manera verbal con la encartada, por el periodo comprendido entre el 12 de agosto de 2014 y el 28 de octubre de 2015, en el que desempeñó el cargo de Operador de Máquina para instalación de tubería, con un salario variable que se pagaba de manera mensual promediado para el año 2014 en \$1.610.026 y 2015 en \$2.285.160, sin que se le hubiese efectuado el pago total de sus acreencias, aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud y Pensiones, así como que el 6 de octubre de 2015 tuvo un accidente de trabajo.

Como consecuencia de lo anterior, se condene a la encartada al reconocimiento y pago por concepto de diferencias en el pago al Sistema de Seguridad Social en Salud y Pensión, prestaciones sociales adeudadas, vacaciones, indemnización moratoria por el pago oportuno de prestaciones sociales, sanción por la no consignación de las cesantías en el correspondiente fondo pensional, y demás indemnizaciones e indexación.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, adujo que laboró de manera ininterrumpida a servicios de la demandada desde el 12 de agosto de 2014 hasta el 28 de octubre de 2015, mediante un contrato verbal a término indefinido, donde desempeñó el cargo de



Operador de Máquina para instalación de tubería, con un horario de trabajo establecido por la empleadora y un salario variable el cual se cancelaba de manera mensual.

Que la demandada al momento de culminar el contrato de trabajo no efectuó el pago total de su liquidación por concepto de prestaciones sociales, no le efectuó pago de aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud y Pensión conforme al salario realmente devengado, misma situación que sucedió con los intereses a las cesantías y las vacaciones.

Por último, refirió que mediante oficios del 2 de mayo y 27 de septiembre de 2016, la demandada le envió requerimiento a efectos de poder llegar a un acuerdo, al igual que el 28 de octubre de 2015 presentó un accidente de trabajo.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Aceptó que en efecto entre las partes existió un contrato de trabajo celebrado de manera verbal y a término indefinido desde el 12 de agosto de 2014 hasta el 28 de octubre de 2015, calenda para la cual el actor quedó pensionado por invalidez por parte de la ARL Sura, donde se desempeñó como Operador de Máquina y en virtud de ello su salario fue equivalente al mínimo legal mensual vigente, vínculo laboral en desarrollo del cual se le canceló la totalidad de las acreencias laborales.

En lo que respecta al accidente de trabajo manifestó que en efecto había sucedido, de ahí que el actor hubiese recibido una pensión de invalidez.

Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, y la denominada genérica o innominada.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 2 de marzo de 2020, absolvió a la demandada de las pretensiones formuladas en su contra.

Para arribar a dicha conclusión, en primer lugar, indicó que del caudal probatorio se demostró que la demandada efectuó el pago de la liquidación final y el pago de los créditos y aportes al Sistema General de Seguridad Social durante la vigencia del contrato de trabajo comprendido entre el día 12 de agosto de 2014 y el 28 de octubre de 2015 con base en un salario mínimo legal mensual vigente.



Que si bien se advirtió en la demanda que el actor percibía un salario promedio para el año 2014 la suma de \$1.610.026 y para el año 2015 la suma de \$2.285.026, dicha figura no opera dentro del presente asunto en tanto implica su causación variable y por ende debe ser distinto cada periodo mensual, sin que se haya explicado el respectivo componente.

Sintetizó que a pesar que se pretendió demostrar el salario promedio mensual con unos extractos bancarios, los cuales gozan de plena validez de conformidad con lo establecido en el artículo 262 del C.G.P., en la documental no se advierte la persona que efectuó las consignaciones ni del concepto de la misma para que lograra probarse un salario superior al mínimo legal mensual vigente.

Que si bien en el interrogatorio de parte surtido por el representante legal de la encartada se refirió que además de percibir el salario mínimo, devengó una suma de gastos de combustible y un bono por metro cúbico por labor realizada, el actor no determinó dentro del proceso el monto recibido por esos conceptos, por lo que al no haberse demostrado un salario superior al mínimo, las pretensiones no gozaban de prosperidad.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandante inconforme con la decisión la apeló. Adujo que como lo señaló el representante legal de la demandada en el interrogatorio de parte, existía un bono por metro cúbico el cual era adicional al salario y por consiguiente era un factor salarial, toda vez que hacía parte directa de su labor.

Que en lo referente a los pagos que se le realizaron, en ningún momento se señaló por la demandada que los mismos fuesen por parte de la accionada para gastos de gasolina u otros conceptos.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:



La Sala deberá auscultar si al aquí demandante, le asiste el derecho al reconocimiento y pago del reajuste de las acreencias laborales y de seguridad social que devengó en la vigencia del contrato de trabajo, atendiendo a que alude que su salario para el año 2014 ascendió a la suma de \$1.610.026 y para el año 2015 la suma de \$2.285.160.

c. Del caso en concreto:

Sea lo primero indicar que no fue objeto de reproche que en efecto entre las partes existió un contrato de trabajo verbal por el periodo comprendido entre el 12 de agosto de 2014 y el 28 de octubre de 2015, finiquito que culminó como consecuencia de la pensión de invalidez que se le reconoció al demandante en virtud de un accidente de trabajo, prueba de ello lo es la aceptación de dichos extremos por la demandada, la liquidación del vínculo contractual y copia de la carta de terminación de calenda 28 de octubre de 2015 (Fls 33 y 104).

Tampoco fue objeto de reproche que en efecto el demandante sufrió un accidente de trabajo el día 6 de octubre cuando se encontraba manipulando la máquina Bomba Estacionaria de Concreto, lo cual conllevó a la amputación de su mano y muñeca izquierda, de ahí que la ARL Sura le hubiese determinado una pérdida de capacidad laboral del 50.2% y por consiguiente la respectiva pensión de vejez, como da fe el reporte de accidente de trabajo junto con la respectiva comunicación del reconocimiento de la prestación (Fls 34 a 41).

Ahora bien, como lo sostuvo la falladora de instancia, de las documentales allegadas por la demandada visibles a folios 105 a 267, solucionó los derechos laborales causados con ocasión del contrato de trabajo, incluidos los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral, pagos que siempre sucedieron en atención a un salario mínimo para los correspondientes años.

Por otra parte, como ya se manifestó en precedencia, lo pretendido por la parte demandante es que el salario era superior al mínimo legal mensual vigente durante el contrato de trabajo, más exactamente para el año 2014 en la suma de \$1.610.026 y para el año 2015 la suma de \$2.285.160.

Para el efecto, acreditó extractos de la cuenta del BBVA (Fls. 42 a 49), no obstante, dentro del contenido de los mismos tan solo se reflejan consignaciones que se realizaron para los años 2014 y 2015, sin que se discrimine la proveniencia de dichos dineros, esto es, que no se advierte si en su momento fueron consignados por la demandada, ni de manera específica sobre qué conceptos; circunstancia por la cual, tal aspecto no puede ser óbice para determinar un salario superior al mínimo.



En el transcurrir del trámite procesal se recaudó el interrogatorio de parte del Representante Legal de la encartada, quien manifestó que el salario pactado con el demandante se realizaba cada 15 días, el cual consistía en tres componentes que era (i) el pago del salario mínimo, (ii) unos gastos operacionales de combustible, y (iii) un bono por metros cúbicos que se hiciera en el periodo de trabajo, los cuales se le consignaban a la cuenta del actor a través del Banco BBVA.

Que el demandante percibía el salario mínimo, y en lo que respecta al bono de los metros cúbicos indicó que dependía de la actividad que se ejecutara en ese periodo, y dicho monto dependía de la programación del desarrollo de la obra, por lo que no era una cantidad específica ni tasada, y que los gastos operacionales por concepto de gasolina se le entregaban al demandante con la finalidad que tanquera el equipo.

Refirió que el bono de metro cúbico hace referencia al transporte de concreto, y esto se le pagaba por la cantidad de metros cúbicos que se fundieran en el día, ya que se pagaba por la actividad realizada la cual se podía hacer en las horas de la mañana o en las horas de la tarde, bono que se pagaba de manera periódica dependiendo de la obra, medición que se cancelaba por parte del Operario y se pagaba de manera variable.

A pesar de lo anterior, debe precisarse que en la demanda el actor en ningún momento hizo alusión de los conceptos de gastos operacionales de combustible y el bono por metro cúbico, máxime que ni siquiera demostró cuáles eran los pagos realizados por esos conceptos, situaciones todas que conducen a determinar a la Sala la improcedencia de los reajustes salariales pretendidos.

Igualmente, no debe pasarse por alto que en virtud de que el demandante no asistió a la audiencia de que trata el artículo 77 del C.P.T y de la S.S., le fueron aplicadas las conductas endilgadas en el numeral 1º del inciso 6º de la disposición en comento, esto es, presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión en la contestación de demanda y en las excepciones de mérito, lo que atañe a que en efecto el actor en toda la vigencia de la relación laboral percibió un salario mínimo, junto con el respectivo auxilio de transporte como, así se sopesó a la contestación de los hechos quinto, sexto, séptimo y noveno de la demanda.

Por las razones anotadas, no se acreditó el supuesto de hecho alegado en la demanda, lo que conduce a confirmar la absolución de primera instancia.

SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN:



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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 2 de marzo de 2020 por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



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

Ordinario Laboral 11001 31 05 007 2019 00 117 00
Demandante: AURA ROSA PRIETO CELY
Demandado: COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A Y COLFONDOS S.A.
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., diez (10) de diciembre de dos mil veinte (2020).

AUTO:

En consideración a la sustitución del poder allegada por COLPENSIONES, se le reconoce personería adjetiva para actuar a la Doctora Linda Vanessa Barreto Santamaría, identificada con C.C. No. 1.013.637.319 de Bogotá D.C. y T.P No. 280.300 del CSJ en calidad de apoderada de la entidad.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por *Colpensiones, Protección S.A. y Colfondos S.A.* en contra de la sentencia proferida el 30 de junio de 2020 por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de *Colpensiones*, por cuanto la sentencia fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Aura Rosa Prieto Cely*, formuló demanda en contra de *Colpensiones, Protección S.A. y Colfondos S.A.*, con la finalidad de que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado que efectuó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por medio de *Protección S.A.*, y posteriormente a *Colfondos S.A.*, fundamentada esta pretensión en la indebida y nula información que se le otorgó por parte del fondo privado al momento de hacer el traslado.

Por consiguiente, se ordene a *Protección S.A.* y a *Colfondos S.A.* a realizar todas las gestiones administrativas atinentes a declarar nulo el traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; asimismo, se ordene a *Colfondos S.A.* a trasladar a *Colpensiones* la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en su cuenta de



ahorro individual; a su vez, se ordene a *Colpensiones* recibirla sin solución de continuidad en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, procediendo con la corrección y actualización de su historia laboral.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo la demandante que nació el 18 de junio de 1966, afiliándose al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones por intermedio del entonces Instituto de Seguros Sociales el día 11 de mayo de 1992; el 1 de abril de 1994 se traslada al régimen de ahorro individual con solidaridad a *Protección S.A.* y actualmente se encuentra afiliada a *Colfondos S.A.*, desde el 21 de junio del año 2000.

Con respecto a dicha afiliación, refiere que tiene vicios del consentimiento, puesto que al momento de trasladarse ni siquiera había cumplido con tres (3) años de permanencia en el Instituto de Seguros Sociales que exigía el artículo 13 del literal e) de la Ley 100 de 1993, situación que no le fue comentada al momento de realizar dicho traslado.

Relata que el 18 de junio de 2023 cumpliría el requisito de edad para pensionarse, por lo cual le faltan menos de 10 años; que *Colfondos S.A.*, por medio de simulación pensional, informó a la accionante que al momento en que cumpla los 57 años, el valor de su mesada pensional sería \$1'139.923, cuando su salario base de liquidación es, para el año 2017 es de \$6'082.560, a la cual, aplicándole una tasa de reemplazo de 61.38%, sería de \$3'733.475.

Arguye, además, que las AFP accionadas no informaron a la actora sobre el año de gracia que se dio por virtud de la ley 797 de 2003 en su artículo 2, para que los afiliados se pudieran trasladar por única vez antes del 28 de enero de 2004, ni se le informó antes del 18 de junio de 2013 sobre la imposibilidad de trasladarse de régimen desde aquella fecha por faltarle menos de 10 años para adquirir su estatus pensional.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones se opone a la totalidad de las pretensiones, considerando que es válida la afiliación realizada por la señora *Aura Rosa Prieto Cely*, toda vez que no se aportan pruebas que acrediten que las AFP demandadas hayan hecho incurrir a la accionante en un error al momento de efectuar el traslado; además, no cumple con los requisitos para trasladarse a *Colpensiones*, toda vez que le faltan menos de 10 años para cumplir 57 años, edad en la que adquiriría su derecho a pensionarse, aunado a ello que tampoco es beneficiaria del régimen de transición.



Formuló las excepciones de inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

Colfondos S.A. se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, argumentando que la demandante realizó el traslado de forma válida; que estuvo exenta de cualquier engaño que pudiese haber sido ejercido por el asesor de que efectuó el traslado y que, por ende, no procede declaratoria de nulidad alguna; además, por medio de aviso de prensa se informó sobre el plazo de gracia y la restricción de trasladarse de régimen faltando 10 años para cumplir la edad de pensión.

Formuló las excepciones de validez de afiliación a *Colfondos S.A.*, buena fe, inexistencia del vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción y la innominada o genérica.

Protección S.A. se opuso a la totalidad de las pretensiones, indica que en el caso presente no se puede declarar la nulidad y/o ineficacia del traslado pues este existió y no acaeció ningún vicio del consentimiento, este fue libre y voluntario por medio del formulario de afiliación, que, de haberse cumplido sus expectativas con respecto al valor de su mesada pensional, no estaría la actora solicitando la declaratoria de nulidad y/o ineficacia.

Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, traslado de aportes a *Colfondos S.A.*, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 30 de junio de 2020, declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante con el fondo *Colmena*, hoy *Protección S.A.*, el 1º de abril de 1994, y consecuentemente la posterior afiliación a la *AFP Colfondos S.A.* el 21 de junio del 2000; por lo que ordenó a *Colfondos S.A.* a remitir a *Colpensiones* el valor de todos los dineros existentes en su cuenta individual, tales como cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora, junto con sus respectivos intereses o rendimientos, incluidas las comisiones y gastos de administración que se generaron durante dicha afiliación, hasta tanto se haga efectivo el traslado a *Colpensiones*; y a *Protección S.A.* a devolver los valores que hubiese descontado por concepto de gastos de administración y comisiones.

Para arribar a dicha conclusión, el juzgador de primera instancia estimó que está en cabeza de las AFP dar la información clara, completa y comprensible sobre las



características, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del traslado de régimen pensional; que, si un trabajador alega que no recibió la suficiente información, son los fondos privados quienes deben acreditar que, por el contrario, el trabajador sí recibió la información debida.

Señala que, del análisis del acervo probatorio, no se evidencia que repose ninguna prueba que acredite el cumplimiento del deber de información, ni se evidencia dentro del interrogatorio de parte una confesión al respecto, aunado a ello que los formularios de afiliación firmados por la accionante no son suficientes para acreditar el deber de información.

Por lo anterior estimó procedente declarar la ineficacia del traslado, con la consecuente devolución de lo consignado en la cuenta de ahorro individual.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Colpensiones, inconforme con la decisión, la apeló. Solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia, señalando que no se acreditó que la demandante hubiese carecido de información ni que una información errada hubiese influido en el traslado del régimen pensional; señala que la demandante debió haber revisado las condiciones del contrato que suscribió con los fondos privados. Además, indica que la decisión afecta el principio de sostenibilidad fiscal.

Protección S.A. apeló igualmente la sentencia, solicita que se revoque en su totalidad. Como fundamentos, arguye que en el interrogatorio que absolvió la demandante, la misma indica que no recuerda con exactitud el momento en el que recibió la asesoría atinente al traslado de régimen, ni recordó si firmó o no el formulario de afiliación, por lo que no hay certeza sobre si dicha asesoría fue completa o no; que la demandante nunca se mostró interesada en conocer cuál iba a ser su situación pensional a futuro.

Asimismo, manifiesta que de declararse la nulidad y/o ineficacia, no se debe obligar a la AFP a devolver los gastos de administración ni las primas de seguros, debido a que si el contrato jamás existió, *Protección S.A.* no debió haber administrado los recursos de la cuenta de ahorro individual y, por ende, no se debieron haber producido los rendimientos financieros.

Colfondos S.A. apeló la decisión solicitando que se revoque en lo atinente a la no autorización a la AFP demandada de descontar a la demandante de su cuenta de ahorro individual lo relacionado con los gastos de administración, pues al retrotraerse todo a su estado anterior con ocasión de la ineficacia, se debe tener en cuenta que se generaron unos rendimientos, que en ese evento deben ser retornados a *Colfondos S.A.*



IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

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

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento



de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

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

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

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



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

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

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

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

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

En el presente proceso, no se allegó el formulario de la afiliación efectuada por la señora *Aura Rosa Prieto Cely* a la *AFP Porvenir*, por lo que ni siquiera hay constancia de si este formulario se suscribió válidamente; a folio 215 obra el formulario de afiliación a *Colfondos S.A.*; no obstante, si bien en el formulario se establece que la decisión es libre y voluntaria, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sido reiterativa en que el hecho de que en formulario de afiliación se indique que ésta es libre y espontánea, no es prueba suficiente para afirmar que se le suministró a la afiliada la información oportuna y veraz; así lo establece en la sentencia de tutela anteriormente citada: *“desde la sentencia CSJ SL, 09 Sep 2008, rad. 31989, la sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como <<la afiliación se hace libre y voluntaria>>, <<se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones>> u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por*



demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado.”

Por otra parte, en el interrogatorio de parte absuelto por activa, no se confesó que se le haya suministrado la información respectiva, de hecho, señala que ni siquiera recuerda haber suscrito un formulario de afiliación que ocasionare el traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por *Colmena* en ese entonces, hoy *Protección S.A.* el día 1º de abril de 1994; solo recordando el momento en que se trasladó a *Colfondos S.A.*, y respecto a este traslado tampoco hizo ninguna confesión que pudiese llevar a concluir que sí se le suministró la información suficiente.

Respecto a la inconformidad de las accionadas *Protección S.A.* y *Colfondos S.A.* con respecto a la devolución de los gastos de administración y los rendimientos financieros, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

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

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

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

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

Es así como al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifique la devolución de los gastos de administración que haya cobrado frente a la administración de los valores ni los rendimientos financieros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a *Colpensiones*,



pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión de la accionante y se solventará el principio de solidaridad.

En lo atinente al principio de sostenibilidad fiscal, la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 3464 de 2019, ha señalado lo siguiente:

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

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

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

Así las cosas, no se observa vulneración alguna al principio de sostenibilidad fiscal en el fallo de primera instancia, pues las AFP devolverán a Colpensiones todos los dineros que se hayan causado con ocasión de la afiliación de la accionante, los cuales están destinados justamente a financiar su pensión, teniéndose en cuenta los requisitos de edad y las semanas cotizadas, independientemente de si ha estado cotizando a un fondo público o a un fondo privado, y debido a que con ocasión de la declaratoria de ineficacia se entiende que la vinculación a las AFP Protección y Colfondos S.A. jamás existió, estas tienen el deber de trasladar todos los dineros que se hayan cotizado a su fondo provenientes de la afiliación de la señora Aura Rosa Prieto Cely al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones.



Ahora bien, con respecto a la prescripción, dicha excepción no es procedente en las acciones de ineficacia de traslado, así lo ha dicho el máximo órgano de cierre en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”*.

Como corolario de lo anterior se confirmará en su integridad la decisión de primer grado. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN:

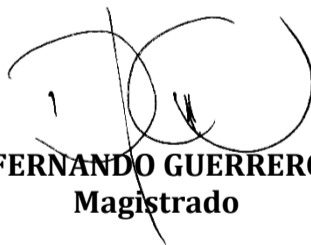
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

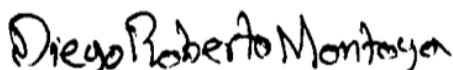
PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 30 de junio de 2020 por el Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

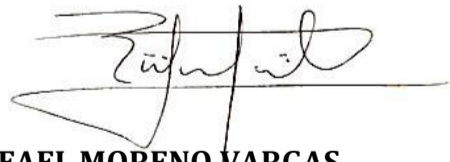
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



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

Ordinario Laboral 1100131050 **08 2019 00333 01**
Demandante: NUBIA OFELIA PÉREZ GUTIÉRREZ
Demandado: COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y OLD MUTUAL S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., diez (10) de diciembre de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por *Skandia Pensiones y Cesantías S.A.*, anteriormente denominada *Old Mutual S.A.* y *Colpensiones* en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de *Colpensiones*, por cuanto la sentencia fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Nubia Ofelia Pérez Gutiérrez*, formuló demanda Ordinaria en contra de *Colpensiones, Protección S.A.* y *Old Mutual S.A.*, con la finalidad que se declare la anulación por ineficacia de la afiliación y el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ante la omisión de *Protección S.A.* del deber de información, junto con su traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por *Colpensiones*.

Por consiguiente, se ordene a *Old Mutual S.A.*, AFP donde se encuentra afiliada en la actualidad, la devolución a *Colpensiones* de todos los dineros recibidos con motivos de su afiliación, como cotizaciones y bonos pensionales con todos los rendimientos que se hubieren causado conforme a lo dispuesto en el artículo 1746 del Código Civil, gastos de administración o cualquier otro, debiendo asumir dichos fondo con su propio patrimonio la disminución en el capital de financiación de la pensión por el pago de las mesadas o por los gastos de administración o cualquier otro que se hubiere generado en aplicación del artículo 963 del Código Civil, así como que se le



condene, en caso de haberle otorgado previamente pensión, a seguir pagando la prestación hasta tanto sean trasladados todos los recursos a *Colpensiones* para financiar la deuda pensional.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, mencionó que fue afiliada al Sistema de Seguridad Social en Pensiones a partir del 8 de mayo de 1985, y en razón de la gestión realizada por los fondos privados de pensiones, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de *Protección S.A.*, quien a través de un asesor, solamente se limitó a llenar un formato preestablecido, sin entregarle una información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta respecto de las prestaciones económicas y beneficios que obtendría en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad así como las consecuencias negativas o específicas de abandonar el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Que en igual sentido, no le entregó proyecciones, ni comparativos de lo que sería el valor de su pensión en los regímenes, no se le informó cuál tabla de mortalidad de rentistas se estaba utilizando para realizar la proyección de la pensión y de variar la misma, no se le indicó hasta qué edad debía cotizar en el Fondo Privado y con qué salarios para poder alcanzar una pensión de vejez, cuánto capital ahorrado se exige para obtener una pensión de un salario mínimo, entre otros factores atinentes a la debida información.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Protección S.A. manifestó que la afiliación de la demandante es un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, por lo que se entiende que se suscribió de manera libre y espontánea.

Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del Sistema General de Pensiones, inexistencia de la obligación de devolver las cuotas de administración por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, e innominada o genérica.

Colpensiones por su parte, expuso que a la demandante no se le ha vulnerado derecho alguno, como quiera que de las probanzas arrimadas al plenario, se puede



colegir que el traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministró la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el entonces Instituto de Seguros Sociales con destino al régimen pensional privado.

Formuló las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y la innominada o genérica.

Skandia Pensiones y Cesantías S.A., anteriormente denominada *Old Mutual S.A.* según se constata del certificado de la Superintendencia Financiera de Colombia (Fls. 238 a 239), indicó que la afiliación que efectuó la actora ante sus dependencias goza de plena validez ante la ley, pues se realizó acorde a los parámetros legales exigidos para la época de la afiliación, por lo que se puede afirmar que los distintos traslados de AFP que efectuó, no presentan ninguna irregularidad que pueda predicar la ineficacia del traslado, ya que fue la manifestación de un acto voluntario, el cual estuvo sujeto a un acuerdo de voluntades, esto probado mediante formularios de afiliación allegados como documentales y regidos por el artículo 1495 del Código Civil.

Formuló las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 7 de julio de 2020, declaró la ineficacia del traslado de la actora al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de *Protección S.A.* el 12 de octubre de 1995, por lo que ordenó a *Colpensiones* a admitir el traslado del régimen pensional.

Igualmente, condenó a *Skandia Pensiones y Cesantías S.A.* a devolver a *Colpensiones* todos los valores que hubiere recibido por la afiliación de la actora tales como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración y sumas adicionales con los intereses de conformidad con las previsiones del artículo 1746 del Código Civil, ordenando a su vez a *Colpensiones* a aceptar todos los valores que se reintegren y que reposaban en la cuenta individual de la demandante, efectuando los ajustes en la historia laboral.



Para arribar a dicha conclusión, indicó que, de conformidad con los postulados emanados por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, es deber de las AFP suministrar la debida información para con los afiliados, no solamente como consecuencia de la carga dinámica de la prueba que les asiste, sino porque justamente es obligación de estas de conformidad con el Decreto 663 de 1993.

Que en tal sentido, de las probanzas arriadas al plenario, no se advirtió que *Protección S.A.* hubiera suministrado la debida información al momento de traslado de la actora, máxime si la accionante no confesó en el interrogatorio de parte rendido haber recibido información adecuada cuando se trasladó, de ahí que la afiliación se considere ineficaz.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Skandia Pensiones y Cesantías S.A., anteriormente denominada *Old Mutual S.A.* interpuso recurso de apelación. Refirió que no es procedente la condena por concepto de gastos de administración por cuanto los mismos son una obligación normativa que no se cobran de manera arbitraria, sino porque la ley lo impone, máxime que de ordenarse las AFP estarían entrando en detrimento y que incluso, constituye un enriquecimiento sin causa para la afiliada.

Colpensiones motivó su alzada en el hecho que, la demandante en el interrogatorio de parte manifestó haber conocido varias características del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, más aún si a la fecha del traslado de la demandante la norma no exigía que se debieran efectuar actuaciones adicionales a la suscripción del formulario de afiliación, de lo que se puede concluir que conoció de los pormenores y las consecuencias del traslado.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:



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

c. Del caso en concreto:

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

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

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



seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

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

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

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



otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

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

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que efectuara la actora el 12 de octubre de 1995 a *Protección S.A* (Fl. 312), el que, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.*



Por otra parte, en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que se le haya suministrado la información plena respecto de las ventajas y desventajas entre uno y otro régimen pensional, así como las consecuencias específicas que conlleva el traslado, y si bien refirió la actora haber tenido conocimiento sobre el bono pensional, tal aspecto no advierte una asesoría adecuada sobre los alcances de ambos regímenes, contrario a lo aludido por *Colpensiones* en el recurso de alzada.

Ahora bien, frente al recurso de apelación interpuesto por *Skandia Pensiones y Cesantías S.A.*, anteriormente denominada *Old Mutual S.A.* por ser donde en la actualidad se encuentra afiliada la actora, respecto a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual, incluidos los gastos de administración y las primas de la aseguradora, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

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

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

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

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

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que la AFP no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a *Colpensiones*, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.



Ahora bien, en virtud de lo anterior, vale la pena resaltar respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera de la Entidad al declarar la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, e sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló:

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

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

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

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

Finalmente, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es*



imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción», motivo por el cual, la excepción de prescripción resulta impróspera.

Como corolario de lo anterior se confirmará la decisión de primer grado. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

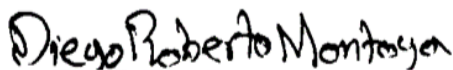
PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 7 de julio de 2020 por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

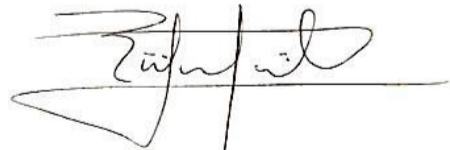
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



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

Ordinario Laboral 1100131050 12 2018 00273 01
Demandante: ELSA LUCÍA SÁNCHEZ BLANCO
Demandado: COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., diez (10) de diciembre de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por *Colfondos S.A.*, en contra de la sentencia proferida el 21 de julio de 2020 por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de *Colpensiones*, por cuanto la sentencia fue adversa a sus intereses.

I.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Elsa Lucía Sánchez Blanco*, formuló demanda ordinaria en contra de *Colpensiones, Colfondos S.A. y Porvenir S.A.*, con la finalidad que se declare la nulidad de las afiliaciones efectuadas al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la *AFP Colpatria*, hoy *Porvenir S.A.* y posteriormente a *Colfondos S.A.*, última donde se encuentra afiliada en la actualidad.

Por consiguiente, se le ordene a las AFP trasladar con destino a *Colpensiones* los saldos de su cuenta individual, incluyendo la totalidad de los rendimientos financieros y la historia laboral con el detalle de las cotizaciones efectuadas al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ordenándole a su vez a *Colpensiones* que reactive sin solución de continuidad su afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, así como que registre en detalle las cotizaciones obtenidas.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, manifestó que nació el 6 de junio de 1962, iniciando cotizaciones al antiguo Instituto de Seguros Sociales desde el 24 de junio de 1964.



Refiere que la antigua AFP Colpatria, hoy *Porvenir S.A.*, valiéndose de información insuficiente y engañosa, la hizo incurrir en error para trasladarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en el mes de enero de 1995, así como que con posterioridad se trasladó a *Colfondos S.A.*

Puntualizó que *Porvenir S.A.* no suministró la información adecuada, suficiente y cierta para el traslado, sumado a que varios de sus compañeros de trabajo de la época se dieron cuenta de las condiciones desfavorables por el cambio de régimen. Por último, refirió que solicitó a las demandadas el traslado de régimen pensional, lo cual fue resuelto de manera negativa.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas en su contra. Adujo que la actora al momento de trasladarse gozaba de plena autonomía para adoptar tal decisión, lo cual demuestra que era consciente sobre el formulario que suscribió, al igual que la elección se llevó a cabo de manera libre, espontánea y sin presiones, por lo que deja sin certeza lo enunciado en el escrito de demanda; circunstancia por la cual, fue válidamente afiliada a *Porvenir S.A.*, sin que tampoco haya probado error, fuerza o dolo en la afiliación.

Propuso las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y declaratoria de otras excepciones.

Colfondos S.A. expuso en su contestación, que la afiliación realizada por la demandante ante sus dependencias, se presentó en virtud de su derecho a libremente escoger el fondo de pensiones que administra sus aportes, sumado a que los asesores brindaron a la demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen, en la que se le informó acerca de las características, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre los regímenes, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes, el derecho de retractación y los requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez en uno y otro régimen pensional.

Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por *Colfondos S.A.*, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y la denominada compensación y pago.



Porvenir S.A. a pesar de haberse notificado de manera personal, no allegó escrito alguno, por lo que se tuvo por no contestada la demanda.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 21 de julio de 2020, declaró la ineficacia del traslado que realizara la actora a *Porvenir S.A.*, por lo que condenó a *Colfondos S.A.* a realizar el traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por *Colpensiones*, tanto de la relación jurídica de la afiliación, como del valor de saldos, aportes y rendimientos que hayan consignado en la cuenta de ahorro individual de la demandante debidamente indexados, ordenándole a *Colpensiones* aceptar dicho traslado y a recibir el monto de aportes, saldos pensionales y rendimientos ordenados, sin reconocimiento del régimen de transición al no tener derecho alguno sobre el particular.

Asimismo, condenó a *Colfondos S.A.* a devolver a *Colpensiones* las sumas recibidas por concepto de gastos de administración debidamente indexadas por el periodo en que la actora estuvo afiliada ante sus dependencias.

Para arribar a dicha conclusión, refirió que dentro del plenario no se observó la existencia de algún vicio del consentimiento que sea objeto de la nulidad frente al acto jurídico de afiliación conforme lo pretende la actora con la demanda, de ahí que el asunto se deba analizar bajo la óptica del deber de información, como lo ha asentado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la cual dispone que atendiendo la carga probatoria, es a las AFP a quienes les compete acreditar la debida información suministrada a sus afiliados sobre las ventajas y desventajas entre uno y otro régimen pensional, aspecto que no se logró acreditar dentro del presente asunto.

Expuso igualmente, que atendiendo si bien la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, tal aspecto no es óbice para no declarar la ineficacia del traslado.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Colfondos S.A. inconforme con la decisión la apeló. Refirió en su argumento que no se la debe condenar a devolver los valores por gastos de administración debidamente indexados, toda vez que al trasladar los rendimientos que generó la cuenta de ahorro individual, se está trasladando un beneficio con los saldos que tiene la demandante, por lo que la indexación además también sería improcedente.

Igualmente, que en lo atinente a las cuotas de administración, de conformidad con lo establecido en el artículo 60 de la Ley 100 de 1993, se solucionaron las primas



previsionales, por lo que en caso que hubiese sucedido una invalidez o una muerte, con dichos saldos se hubiese financiado de las pensiones, lo que conlleva a que dichos descuentos no son arbitrarios de los fondos privados y en tal sentido, estos se podrían realizar en cualquier régimen pensional, al igual que teniendo en cuenta el Decreto 2555 de 2010, los gastos de administración tienen una destinación específica.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

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



estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

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

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

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

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



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

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

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que efectuara la actora el 31 de octubre de 1994 a la AFP Colpatria, hoy en día *Porvenir S.A.*, según se avizora del expediente administrativo allegado en medio magnético (Fls. 64), formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación



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

Ahora bien, frente al recurso de apelación interpuesto por *Colfondos S.A.* por ser donde en la actualidad se encuentra afiliada la actora, respecto a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual, incluidos los gastos de administración y las primas de la aseguradora, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

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

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

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

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

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que la AFP no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a *Colpensiones*, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

Ahora bien, en virtud de lo anterior, vale la pena resaltar respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera de la Entidad al declarar la ineficacia del traslado,



la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, e sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló:

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

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

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

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

Finalmente, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también*



el derecho a obtener su entera satisfacción”, motivo por el cual, la excepción de prescripción resulta impróspera.

SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN

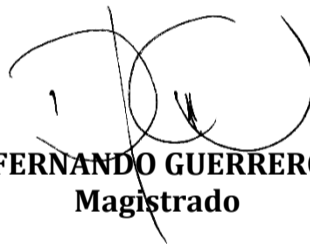
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:


PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 21 de julio de 2020 por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

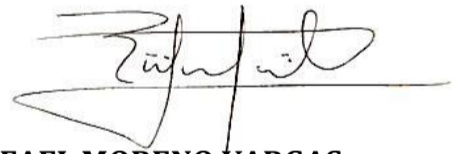
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



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

Ordinario Laboral 1100131050 13 2018 00553 01
Demandante: JUANITA SANTOS CALDERON
Demandado: COLPENSIONES, PROVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., diez (10) de diciembre de dos mil veinte (2020).

AUTO

Atendiendo al poder que fuere allegado por Colpensiones, se le reconoce personería adjetiva para actuar en representación de dicha entidad a el profesional del Derecho Felipe Alberto Granados Preciado, identificado con C.C No 1.018.418.797 y T.P No 222.106 del C.S.J.

SENTENCIA:

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones, *Porvenir S.A* y *Protección S.A*, así como el grado jurisdiccional de consulta en beneficio de *Colpensiones*, contra la sentencia proferida el 10 de julio del 2020 por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Juanita Santos Calderón* interpuso demanda ordinaria laboral en contra de *Colpensiones* y *Porvenir S.A*, a efectos de que se declare la nulidad de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual Solidaridad para el día 6 de febrero de 1995 por cuanto existió error de hecho que vicio el consentimiento del demandante, que nunca efectuó un traslado válido al régimen de ahorro individual y se encuentra válidamente afiliada a Colpensiones.

En consecuencia, peticiona se condene a *Porvenir S.A* a revisar en su sistema de información que la demandante no efectuó ninguna vinculación válida a dicha administradora, por indebida información suministrada al momento de la



afiliación; condenó a *Porvenir S.A* a devolver a *Colpensiones* la totalidad de las cotizaciones efectuadas, rendimientos, bonos pensionales, comisiones y todo lo recibido por la vinculación de la demandante; se condene a *Colpensiones* a registrar y activar la afiliación de la libelista, actualizar la historia laboral, lo que resulte probado *ultra y extra petita*, junto con las costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones expuso en síntesis que nació el 24 de junio de 1966 y cotizó al Instituto de Seguros Sociales un total de 649,43 semanas.

Refiere que el 6 de febrero de 1995 se afilió a la AFP *Porvenir S.A*, no obstante, dicha entidad no le informó las implicaciones del traslado de régimen, las desventajas, ni los distintos escenarios comparativos de la pensión. Precisa que el 26 de julio del 2018 solicitó a *Porvenir S.A* la anulación de la afiliación ante las demandadas, la que despacharon de forma negativa su solicitud.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones, en su escrito de contestación de la demanda se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, aduciendo que la promotora se encuentra válidamente afiliada a *Porvenir S.A*.

Formula como medios exceptivos los que denominó prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y la genérica.

Por su parte *Porvenir S.A* al contestar la demanda se opone a las pretensiones formuladas en su contra, por cuanto la información suministrada al demandante se encuentra acorde a las disposiciones legales y sobre la vigilancia y control que sobre ellas ejerce la Superintendencia Financiera de Colombia.

Propone como medios exceptivos los que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la genérica.



Con auto del 22 de agosto del 2019, se dispone la integración del litis consorcio necesario con *Protección S.A.*, quien se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, argumentando que la afiliación es un acto existente, válido y exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo.

Formula como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del Sistema General de Pensiones y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, en providencia del 10 de julio del 2020, declaró la ineficacia del traslado de régimen efectuado por la demandante y de contera todas las afiliaciones posteriores; condenó a la AFP *Porvenir S.A* y a *Protección S.A.*, a reintegrar a *Colpensiones* todos los dineros ahorrados en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad incluyendo los seguros y gastos de administración; condenó a *Colpensiones* a tener como afiliada a la actora, declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a la demandada *Porvenir S.A.*

Para arribar a dicha conclusión, manifestó que, atendiendo los precedentes jurisprudenciales emanados por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es deber de las AFP demostrar el deber de información para con sus afiliados al momento del traslado, presupuesto que la AFP no probó, de ahí que la afiliación efectuada por la demandante sea ineficaz.

De igual manera que ante tal declaratoria, resulta procedente la devolución de los saldos de la cuenta de ahorro individual, así como de los gastos de administración.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión de la *a-quo Colpensiones* formula recurso de apelación en el que en suma aduce que del interrogatorio de parte de la demandante se corrobora que, tras el inicial traslado de régimen, operó un traslado entre AFP, para posteriormente retornar a *Porvenir S.A.*, existiendo contradicciones en sus dichos sobre tal particular, de tal manera que no resulta de recibo estimar que no



medió la debida información y asesoría.

Por otro lado, *Porvenir S.A* presenta recurso de alzada aduciendo que no comparte la decisión, pues refiere que en los precedentes de la Corte Suprema de Justicia, se está desconociendo de manera arbitraria el ordenamiento jurídico, frente a lo cual incluso la Corte Constitucional ha tenido que clarificar las diferencias marcadas entre la nulidad relativa, nulidad absoluta, inexistencia, inoponibilidad e ineficacia de pleno derecho, en tanto las consecuencias jurídicas de cada una de estas figuras es absolutamente diferente, lo cual se desconoce por la Sala de Cesación Laboral, creando una nueva teoría del negocio jurídico aplicada de forma sesgada y parcializada.

Que tampoco es de recibo juzgar a la entidad dando aplicación ultractiva a la ley, pues el deber de información vigente para el año 1995, era totalmente distinto al considerado por la *a-quo*, luego la sentencia vulnera el derecho al debido proceso de la AFP. Así mismo se le esta imponiendo una carga probatoria imposible de cumplir, pues se desconoce el formulario de afiliación, pese a ser un documento auténtico que no fue tachado de falso, ni desconocido por la parte demandante.

Frente a este aspecto, no opera la carga dinámica de la prueba, en tanto el artículo 167 del C.G.P. esta es enfática en establecer que le corresponde a la parte que alega un hecho demostrarlo, máxime que la Corte Constitucional en sentencia C-086 de 2016, ha indicado que se debe entender por una negación indefinida, lo cual no corresponde con no recordar la manera en que operó el traslado, luego la carga probatoria incumbe al demandante.

Frente a la devolución de los gastos de administración, que implica generar un enriquecimiento sin causa, y no se entiende cual Código Civil está leyendo la Corte Suprema de Justicia y los jueces, pues se habla de las restituciones mutuas en el artículo 1746 del C.C., y se ordenen de manera unilateral por la AFP, siendo la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil la más idónea para dirimir estos asuntos; por tanto, los frutos financieros de los cuales se benefició la demandante deben ser restituidos pues se estaría permitiendo un enriquecimiento sin causa

Precisa que sí se opera la prescripción respecto a los gastos de administración, pues estos no hacen parte de la protección de imprescriptibilidad que cobija a las



pensiones.

A su turno *Protección S.A* interpone recurso de apelación en cuanto a la condena de la devolución de gastos de administración, pues esta se dio por virtud de una disposición legal y se trata de comisiones causadas y pagadas, pues si se ordena su pago, debe ordenarse también la devolución de los rendimientos generados por la buena gestión y administración, luego solo se deben trasladar los aportes, sin los respectivos rendimientos, pues de haberse mantenido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, no se habrían causado los rendimientos.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema Jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como



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

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

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

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del*



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

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

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

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

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados



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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación a *Porvenir S.A.* del 6 de febrero de 1995 (Fl 99), a *Colmena*, hoy *Protección S.A.* del 22 de septiembre de 1999 (Fl. 167) y a *Porvenir S.A.* del 15 de noviembre del 2006 (Fl 100), siendo el primero de los mencionados el que implicó un traslado de régimen pensional, y en los que si bien se refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, “Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.

Por otra parte, en el interrogatorio de parte en manera alguna la accionante confesó que se le haya suministrado la información requerida, por cuanto se limitó a indicar que se trasladó sin que se le haya brindado la información pertinente, relatando que se le manifestó que eran una mejor opción los fondos



privados; así, indistintamente de las contradicciones en los interrogatorios rendidos frente al traslado entre AFP, lo cierto es que la demandante fue contundente en ambos interrogatorios al aducir que no obtuvo ninguna información por parte de la AFP.

Por ende, no se demostró que la actora recibiera al momento del traslado ilustración sobre aspectos como las características de cada régimen, la forma de cálculo de la mesada pensional, el monto aproximado de capital necesario para causar su derecho, rentabilidad del capital, aportes voluntarios, incidencia en el monto pensional de la edad de los posibles beneficiarios, las diversas modalidades de pensión de vejez y sus características; y conforme el artículo 1604 del Código Civil la diligencia en el cumplimiento de dicha obligación corresponde a las AFP, así lo ha señalado la Sala Laboral de la Corte Suprema en sus sentencias, entre ellas la SL1689-2019.

“Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.

“En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

Cabe señalar que, al no acreditarse por parte de la AFP que suministrara la información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica al incumplimiento de ese deber es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, así lo expresó la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL 3464-2019:

“En sentencia CSJ SL1688-2019 la Corte precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

“En la citada providencia, la Corte recordó que la ineficacia se caracteriza porque desde su nacimiento el acto carece de efectos jurídicos, es decir, este instituto excluye o le niega toda consecuencia jurídica. Según este concepto,



la sentencia que declara la ineficacia de un acto no hace más que comprobar o constatar un estado de cosas (la ineficacia) surgido con anterioridad al inicio de la litis.”

Ahora bien, respecto de la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, incluidos los gastos de administración y las primas de la aseguradora, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

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

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

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2022, refirió:

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

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a *Colpensiones*, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

Finalmente, en lo atinente a la excepción de prescripción, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad*



social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”, motivo por el cual la excepción resulta impróspera. Criterio que, para la Sala, resulta aplicable incluso a los gastos de administración, por cuanto estos fueron sufragados con el monto de los aportes que fueran realizados por la demandante, para consolidar su derecho pensional.

Como corolario de lo anterior se confirmará en su integridad la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia.

V.- DECISIÓN:

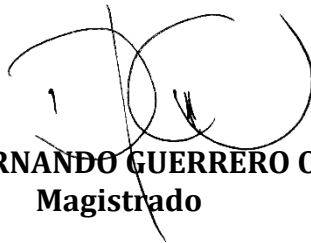
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 10 de julio del 2020, por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario de la referencia, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

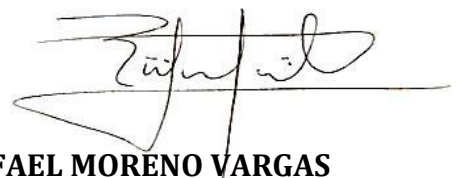
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020