



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

Ordinario Laboral 1100131050 13 2019 00710 01
Demandante: LUCÍA PATRICIA SÁNCHEZ MAJANA
Demandado: COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021).

AUTO:

Se reconoce personería a la abogada *Alida del Pilar Mateus Uribe*, identificada con cédula de ciudadanía No. 37.627.008 y T.P. 221.228 del C. S. de la Judicatura, para actuar en representación de *Colpensiones*, en los términos y facultades del poder conferido.

A su turno, *Porvenir S.A.* allega poder de sustitución en virtud del cual se le reconoce personería para actuar al 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 resolver el recurso de apelación interpuesto por *Protección S.A.* y *Porvenir S.A.*, en contra de la sentencia proferida el 17 de septiembre de 2020 por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Lucía Patricia Sánchez Majana*, formuló demanda en contra de *Colpensiones*, *Protección S.A.* y *Porvenir S.A.*, con la finalidad que se declare la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad que



efectuara el 1º de julio de 1995 ante *Protección S.A.*, y con posterioridad ante *Porvenir S.A.*, por lo que deberán trasladar a *Colpensiones* la totalidad del dinero que se encuentra depositado en su cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros y bonos pensionales.

Asimismo, se ordene a *Colpensiones* realizar todas las gestiones pertinentes encaminadas a anular el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y recibirla sin solución de continuidad.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 23 de octubre de 1960, afiliándose al antiguo ISS el 27 de febrero de 1987; que el 1º de julio de 1995, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP *Porvenir S.A.*, pero su decisión no estuvo precedida de la suficiente ilustración, de ahí que no existió consentimiento, libertad y voluntariedad, no se le explicó las ventajas y desventajas que implicaba el traslado de régimen pensional, y la imposibilidad de trasladarse cuando le faltaren diez años o menos para cumplir la edad mínima de su derecho pensional.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones, argumento que la afiliación de la actora al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se llevó a cabo bajo los preceptos legales.

Propuso las excepciones de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y declaratoria de otras excepciones.

Protección S.A. contestó la demanda con el argumento que la suscripción del formulario de la demandante fue de manera libre, voluntaria e informada, aunado a que nos encontramos frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo.

Formuló las excepciones denominadas inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, 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, inexistencia de la obligación de devolver el seguro



previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, e innominada o genérica.

Porvenir S.A. manifestó que, al momento del traslado horizontal que realizara la actora ante sus dependencias, se le otorgó la información suficiente y necesaria para que la demandante tomara la decisión de continuar o no en el 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 Trece Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 17 de septiembre de 2020, declaró la ineficacia del traslado que efectuara la demandante a través de Colmena, hoy *Protección S.A.*

Igualmente, condenó a *Protección S.A.* y a *Porvenir S.A.* a devolver a *Colpensiones* la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades que tengan cada una de las AFP. Además, condenó a *Colpensiones* a tener como afiliada a la actora, recibir los dineros referidos y actualizar su historia laboral.

Para arribar a dicha conclusión, en primer lugar, manifestó que atendiendo los parámetros legales y el criterio pacífico que ha venido manteniendo la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es carga probatoria de las AFP demostrar el deber de información al momento del traslado en lo que respecta a las ventajas y desventajas entre uno y otro régimen, la situación de los aporte voluntarios, gastos de administración, entre otros factores, situación que no se logró probar por *Protección S.A.* pues ni siquiera dentro del plenario allegó copia del formulario de afiliación.

De otra parte, asentó que la devolución de gastos de administración y rendimientos financieros deben ser remitidos con destino a *Colpensiones*, en tanto así lo ha adoctrinado nuestro órgano de cierre.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:



Protección S.A. inconforme con la decisión la apeló. Indicó que no es procedente la devolución a *Colpensiones* los conceptos de cuotas de administración y el seguro previsional, ya que durante el tiempo en que la actora estuvo afiliada ante sus dependencias, existió una excelente administración de sus recursos, por lo que se generaron unos rendimientos que superan incluso los aportes pensionales, de ahí que, de ordenarse tal devolución, sería condenarla por el buen manejo de los recursos administrados, tópico que resulta improcedente.

Que igualmente es procedente la prescripción frente a las cuotas de administración, puesto que su naturaleza es diferente al derecho pensional.

Porvenir S.A., expuso en su alzada la improcedencia de la devolución de gastos de administración, bajo el entendido que estos se encuentran ya en su poder y que la Ley 100 de 1993 lo permite, máxime si cumplió de manera correcto con los rendimientos financieros.

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 no fue aportado el formulario de afiliación que realizara la demandante a través de Colmena hoy *Protección S.A.*, a pesar de ello, de la documental visible a folio 132 referente a la impresión del sistema SIAFP, se aprecia que en efecto existió un traslado a dicha AFP en el mes de junio de 1995, de ahí que ni siquiera exista una prueba soportada de una debida información, y que si en gracia de discusión existiese, tal formulario no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, 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 lo que no puede colegir que a la actora se le hubiesen informado las condiciones necesarias entre uno y otro régimen, como tampoco las ventajas y desventajas de los mismos.

Ahora bien, frente al recurso de apelación interpuesto tanto por *Protección S.A.* como por *Porvenir S.A.*, última donde en la actualidad se encuentra afiliada la actora según se acredita con el formulario de afiliación suscrito el 18 de febrero de 2000 (Fl. 196), 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 y demás rubros 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 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»”.

Es así, por lo que no se considera 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 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 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 prime grado. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN



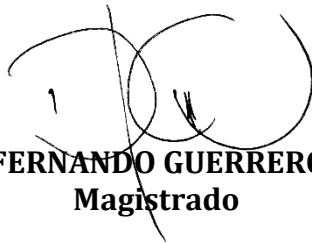
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

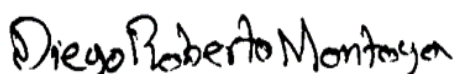
PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 17 de septiembre de 2020 por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

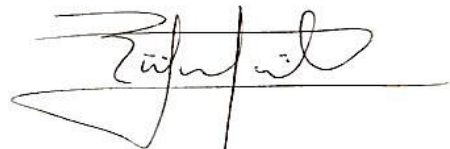
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



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
Sala de Decisión Laboral

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 **04 2018 00201 01**
Demandante: HEIDY PAOLA GAMBOA PULIDO
Demandado: FAGOTA SAS
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021).

AUTO:

Atendiendo al poder que fuere allegado por la parte promotora en el presente juicio, se le reconoce personería adjetiva para actuar en representación de la misma al profesional del derecho *Néstor Eduardo Ávila Robles*, identificado con C.C No 11.036.675 y T.P No 133.727 del C.S.J.

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar en el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia proferida el 16 de junio del 2020 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Heidy Paola Gamboa Pulido*, formuló demanda ordinaria laboral en contra de *FAGOTA S.A*, a efectos que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo verbal a término indefinido, en el cargo de fabricante de billeteras y bolso desde el 28 de febrero del 2011 hasta el 1° de septiembre de 2016, sin cancelar a al demandante a la culminación del contrato, la liquidación final de prestaciones sociales.



En consecuencia, solicita se condene a la empresa demandada al pago de la indemnización de perjuicios prevista en el artículo 64 del C.S.T, las cesantías e intereses de cesantías, la sanción contemplada en el artículo 65 del mismo estatuto, el pago de las vacaciones, los aportes a seguridad social en pensiones y lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones manifestó que la demandante inició su relación laboral mediante un contrato de trabajo a término indefinido, el cual inició el 28 de febrero del 2011; que laboró en la calle 16 SUR No 28-58, realizando la actividad de elaboración de billeteras y bolsos, devengando un salario igual al salario mínimo.

Refiere que disfruto de vacaciones el 9 de julio del 2013 y se reintegró el 29 de agosto del 2013, siendo despedida el 1° de septiembre del 2016; que durante la relación laboral le fueron canceladas las primas de servicio, no obstante, al finalizar el contrato no le fueron canceladas las prestaciones sociales.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

A la demandada le fue nombrado *Curador Ad Litem* (Fl 40), y se tuvo por no contestada la demanda mediante auto del 29 de enero del 2020 (Fl 43).

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 16 de julio del 2020, absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, absteniéndose de imponer costas en su contra.

Como sustento de su decisión indicó que en el caso bajo examen, para demostrar la prestación personal del servicio de la demandante a FAGOTA S.A.S., declararon las señoras *María Azucena Pulido Tinjacá* y *Diana Marcela Gamboa Pulido*, quienes además de ser la tía y la hermana de la demandante, respectivamente, manifestaron haber prestado sus servicios a la sociedad



accionada e indicaron que la señora *Gamboa Pulido* prestó sus servicios en *FAGOTA S.A.S.*, empresa que se dedicaba a la manufactura de bolsos y billeteras; informaron, además, que tanto la demandante como ellas fueron contratadas de manera verbal para realizar diferentes actividades para armar bolsos, que al principio, eran contratadas por temporadas y posteriormente prestaron sus servicios de manera continua; sin embargo, no fueron claras sobre las fechas en las cuales inició, ni terminó la prestación del servicio de la accionante.

Así las cosas, concluye que se encuentra efectivamente demostrada la prestación personal del servicio de la demandante, situación que, de paso, haría presumir la existencia de un contrato de trabajo; sin embargo, no se tiene certeza sobre las fechas de inicio y terminación de la relación laboral, circunstancia que impediría hacer el cálculo de las eventuales condenas, sin que pueda aplicarse en el caso bajo examen la confesión al demandado por su inasistencia a la audiencia obligatoria de conciliación, pues se debe recordar que estuvo representado en el proceso por *curador ad litem*, quien no tiene la facultad de confesar.

III.- RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del *a-quo*, la parte demandante presenta recurso de apelación en el que en suma indica que en la demanda se señaló que los extremos laborales, fueron como fecha de inicio el 28 de febrero de 2011 y como fecha de terminación el 1º de septiembre de 2016.

Como bien lo señaló, la demanda fue notificada y los demandados no concurrieron en la contestación de la misma, se dio por no contestada, esto quiere decir que al tenor del artículo 31 del C.P.T. y de la S.S., en el numeral 3, debe tenerse como un indicio grave, el cual debe ser contrastado con otros medios probatorios.

Acota que en el interrogatorio de parte de la demandante se señaló que el contrato inició el 28 de febrero de 2011 y que había tomado la decisión de no seguir trabajando con la empresa en septiembre de 2016; fechas que sí fueron manifestadas por los testigos; *María Azucena Pulido* en su declaración indicó



que ella como testigo duró 5 años trabajando, para la empresa y que su sobrina duró 6 años, y esto, hace referencia al año 2011. Por su parte la testigo *Diana Marcela Gamboa*, al inicio de su declaración, indicó que recordaba que su hermana había ingresado en febrero de 2011, y que la terminación se produjo en septiembre de 2016.

En este orden de ideas, considera que sí existe mérito suficiente probatorio para demostrar los extremos de la relación laboral. En primera instancia, por la existencia de un indicio grave; en segunda medida porque en el interrogatorio se señalaron las fechas de inicio y terminación; y en tercera medida, porque los testigos, si bien es cierto, no pueden precisar un día específico, sí se refirieron tanto al año 2011 como al año 2016, y una de las testigos fue precisa en señalar que el inicio se había dado para febrero del 2011.

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 adocinado, entre 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 la promotora del juicio anhela la declaratoria de una relación con la convocada a juicio, acorde se alude en el escrito genitor, por el periodo comprendido del 28 de febrero del 2011 al 1° de septiembre del 2016, en virtud de la cual solicita el reconocimiento y pago de las acreencias laborales.

Pedimentos que fueron soportados de forma exclusiva en los testimonios de la tía de la demandante *María Azucena Pulido Tinjacá y su hermana Diana Marcela Gamboa Pulido*.

La señora *María Azucena Pulido Tinjacá*, afirma que laboró para la demanda 5 años, entre el 2006 al 2015, desempeñando las funciones de rematadora y armadora de billeteras y bolsos o en las máquinas; que su sobrina ingresó con ella el mismo año y con las mismas funciones con un horario de lunes a viernes de 5:30 a.m a 6:00 p.m, cuando se disponían horas extras de 7:00 a.m a 7:00 p.m, y los sábados hasta las dos de la tarde; les pagaban el salario mínimo, subsidio de transporte, horas extra y primas de servicios, pero las vacaciones no las cancelaban, aunque si recuerda que les dieron aproximadamente como



a los dos años, las cuales duraban de 15 días a un mes, aunque no recuerda en que mes exacto; que su sobrina salió cuando le otorgaron vacaciones, y duro más de dos meses sin ser reintegrada. Precisa que cuando inició en el año 2006, trabajaban por temporadas, que podían durar 3 meses u 8 días, y quedaron con estabilidad en el año 2016.

A su vez, *Diana Marcela Gamboa Pulido*, expuso que trabajo durante unos meses para la demandada desde el año 2010 hasta el 2015; que su hermana comenzó a laborar en febrero del año 2011 y se retiró en septiembre del 2016, lo que le consta porque ella le cuidaba a su hija.

De otra parte, se tiene que se decretó de forma oficiosa el interrogatorio de parte de la demandante, en el curso del cual refirió que la labor desarrollada para la encartada la ejecutó por el periodo comprendido del 28 de febrero de 2011 al mes de septiembre del 2016, precisando que durante dicho interregno la enviaban a descansar cuando bajaba el trabajo, por tanto decidió no volver, máxime que su hija que estaba empezando el colegio y no se podía quedar sin trabajo, razón por la cual, ingresó a laborar en otra empresa. Precisa que dichos descansos se daban cada año o cuando se bajaba la producción y podía ser por unos días o por varios meses, admitiendo que llegó a durar más de un mes sin trabajo; que en el año 2015 trabajo todo el año, pero descansó 15 o 20 días, lo cual aconteció durante toda la vinculación.

De lo indicado en precedencia constata la Sala que la demandante no cumplió con la carga probatoria que le impone el artículo 167 del C.G.P, en tanto no probó los supuestos de hecho de las normas cuyo resultado pretende. Habida consideración que no logró acreditar que entre las partes hubiere existido una única relación laboral por el espacio comprendido del 28 de febrero del 2011 al 1º de septiembre del 2016.

Ello por cuanto, si bien es cierto que no existe debate en torno a la existencia de la relación laboral, pues en efecto se encuentra acreditada la prestación personal del servicio, lo que permite que se presuma la existencia del vínculo laboral conforme lo dispone el artículo 24 del C.S.T.



Cierto es que, de lo manifestado por la promotora en el curso del interrogatorio de parte, se desprende con meridiana claridad que la relación laboral, estuvo sujeta a diversas interrupciones que bien podía durar varios días o hasta un mes. Afirmación que nos permite entrever que el vínculo laboral, pudo estar enmarcado en varias relaciones laborales.

Luego si bien podría decidirse la sentencia bajo los postulados *minus petita*¹, ello requiere indiscutiblemente la acreditación de cada uno de los extremos laborales, suceso que no puede determinarse con precisión mediante las probanzas allegadas, por cuanto ninguno de los testigos tiene certeza de cuales fueron los interregnos de tiempo en que la demandante dejó de prestar sus servicios.

De hecho, aun cuando diéramos por sentado que existió un única relación laboral, realmente existe una clara contradicción entre los testimonios vertidos y lo referido por la demandante en el interrogatorio de parte frente a este particular, pues *María Azucena Pulido* aduce que fue de 2006 a 2015 y *Diana Marcela Gamboa* que lo fue de febrero de 2011 a septiembre de 2016 y aunque, el dicho de esta última concuerda con lo afirmado por la libelista, lo cierto es que su grado de familiaridad con la demandante y el hecho de que la misma testigo reconociera que solo laboró para la pasiva por espacio de unos meses, son circunstancias que no permiten llevar a la Sala a una entera convicción frente a los fundamentos de facto que se pretenden acreditar en este juicio, conforme las reglas de la sana crítica y la experiencia.

De otra parte, en lo concerniente a que la falta de contestación de la demanda se debe tener como un indicio grave en contra de la pasiva, basta indicar que tal consecuencia jurídica en modo alguno comporta u obliga al operado judicial a tener por acreditado un hecho que adolece de sustento probatorio

¹ SL-4515 del 2020: “Así mismo, en relación con el principio de congruencia, el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, hoy artículo 281 del Código General del Proceso, establece que «la sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda (...); sin embargo, la Sala ha hecho hincapié en que, en los casos donde se discute la existencia de una relación de trabajo, si se demuestra un tiempo de servicios inferior al pretendido, el juez tiene el deber de dictar una condena *minus petita* o *infra petita*, es decir, donde se acepten parcialmente las pretensiones por lo probado.”



como acaece en el *sub-lite*. Sobre este punto, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL-1985 del 2019, explicó:

“Ahora bien, el hecho de que el servidor judicial deba pronunciarse acerca de las pretensiones no significa que ante la ausencia de respuesta de la demanda estas deban prosperar, pues de acuerdo con el estatuto adjetivo laboral las consecuencias de no contestar la demanda son la contumacia e indicio grave.

De otra parte, se impone memorar la regla de procedimiento según la cual los fundamentos fácticos que dan soporte al petitum deben estar demostrados plenamente en el plenario. Sobre este particular tema la Sala en sentencia de radicación 36074, proferida el 24 de enero de 2012, señaló:

Ahora, debe recordarse que una de las funciones o deberes de los jueces es la de pronunciarse sobre las pretensiones formuladas, tarea que conlleva, lógicamente y respetando los principios de la carga probatoria, verificar si están acreditados los hechos que fundamentan esas aspiraciones, de manera que si ello ocurre, debe proferir la correspondiente decisión accediendo al derecho cuya tutela judicial se busca.

Así mismo, el hecho de que la pretensión involucre una disposición legal bajo la cual el demandante cree debe darse solución a aquella, no constriñe en absoluto al servidor judicial a resolverla sobre la que realmente corresponda, pues sería tanto como desconocer el aforismo latino «Da mihi factum, dabo tibi ius» que traduce «dame los hechos, yo te daré el derecho», según el cual el operador judicial está obligado a resolver de acuerdo a los fundamentos fácticos y a las disposiciones legales que regulen el asunto en discusión por corresponder a uno de los elementos constitutivos de las pretensiones(..)”

De cara a lo enunciado, para esta Colegiatura, emerge incuestionable la confirmación del fallo que fuere emitido 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:



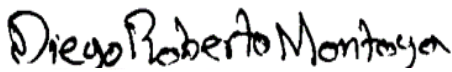
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 16 de julio del 2020, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, acorde lo enunciado en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

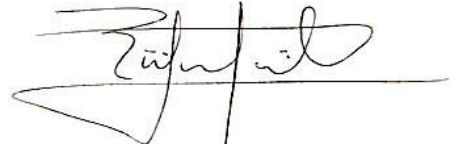
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



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 28 2019 00730 01
Demandante: RUBÉN DARÍO LÓPEZ CORREA
Demandado: COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021).

AUTO:

Se reconoce personería a la abogada *Alida del Pilar Mateus Uribe*, identificada con cédula de ciudadanía No. 37.627.008 y T.P. 221.228 del C.S. de la Judicatura, para actuar en representación de *Colpensiones*, en los términos y facultades del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por *Colpensiones*, en contra de la sentencia proferida el 12 de noviembre de 2020 por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de *Colpensiones*, por cuanto la decisión de primer grado fue adversa a sus intereses, 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 *Rubén Darío López Correa*, promovió demanda ordinaria en contra de *Colpensiones*, con la finalidad que se declare que se encuentra pensionado por la encartada en virtud de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, efectuando su última cotización en el mes de diciembre de 2018. Asimismo, se declare que, al haber acreditado el cumplimiento de los requisitos mínimos para el



reconocimiento y pago de su pensión de vejez, cesó su obligación de seguir efectuando cotizaciones al sistema general de pensiones.

Por consiguiente, se condene a la accionada a reconocer y pagar el retroactivo pensional desde el mes de enero de 2019, junto con el pago de los intereses moratorios regulados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, indexación, costas procesales y lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que nació el 9 de enero de 1957, efectuando cotizaciones al sistema a través de diferentes empleadores por el periodo comprendido entre el 28 de mayo de 1975 y el 31 de diciembre de 2003, acreditando un total de 2.195 semanas. Refiere que al haber acreditado el cumplimiento de los requisitos legales para la obtención de su prestación, cesó la obligación de seguir cotizando al sistema, de ahí que su última cotización válida haya sido en el mes de diciembre de 2018.

Seguidamente, expuso que su empleador Servimos Limitada, reportó por intermedio del operador de pago de aportes a la seguridad social “Mi planilla”, hasta el mes de diciembre de 2018, y para las demás contingencias hasta el mes junio de 2019.

Por último, relató que *Colpensiones* mediante Resolución SUB 157187 del 18 de junio de 2019, reconoció su pensión de vejez a partir del 1º de julio de 2019, en cuantía inicial de \$687.857, y luego de interponer los respectivos recursos de ley solicitando el retroactivo, la accionada por intermedio de las Resoluciones SUB 189993 del 19 de julio de 2019 y DPE 7546 del 8 de agosto de 2019 negó el retroactivo aquí perseguido.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones, indicando que como se le argumentó al demandante en la Resolución SUB 157187 del 18 de junio de 2019, el disfrute de su pensión sería a partir del 1º de julio de 2019, es decir, a corte de nómina, habida cuenta que al revisar su historia laboral no contaba con la novedad de retiro por parte del empleador de la época.



En lo referente a la condena por concepto de intereses moratorios, manifestó tampoco ser procedente, como quiera que los mismos proceden cuando una vez se encuentra reconocida la prestación no se cancelan las mesadas de manera oportuna, situación que no sucedió dentro del presente asunto por cuanto al actor se le ha venido cancelando de manera oportuna la prestación.

Formuló las excepciones de prescripción, buena fe, e innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 12 de noviembre de 2020, condenó a *Colpensiones* a reconocer y pagar a favor del demandante la suma de \$34.712.184 por concepto de retroactivo pensional causado por el periodo comprendido entre el 9 de enero y el 30 de junio de 2019, junto con el pago de los intereses moratorios contemplados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 sobre el valor de dicho retroactivo, a partir del 9 de abril de 2019 y hasta que se haga efectivo el correspondiente pago.

Para arribar a dicha conclusión, manifestó en primer lugar que dentro del asunto que nos ocupa, se probó que en efecto la encartada le reconoció pensión de vejez al actor mediante Resolución SUB 157187 del 18 de junio de 2019, bajo las disposiciones del artículo 9º de la Ley 797 de 2003, en cuantía inicial de \$6.089.857 a partir del 1º de julio de 2019, acto administrativo respecto del cual el señor *Rubén Darío López Correa* interpuso los recursos de ley, los cuales se resolvieron de manera desfavorable con las Resoluciones SUB 189993 del 19 de julio de 2019 y DPE 7546 del 8 de agosto de 2019.

En lo que respecta al retroactivo pensional, expuso que de conformidad con lo establecido en los artículos 12 y 13 del Decreto 758 de 1990, la pensión de vejez se causa desde el momento en que se obtienen los requisitos de edad y el tiempo de servicios, y que para disfrutarla se hace necesario acreditar la desafiliación del sistema, al igual que como lo ha asentado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se presenta la intención del afiliado de no seguir afiliado con el régimen de pensiones por el hecho de no continuar realizando aportes al sistema.

Por tal razón, adujo que confrontado la historia laboral del demandante, cotizó al sistema general de pensiones entre el mes de agosto de 1980 y el 31 de diciembre de 2018 un total de 2.198.85 semanas, al igual que cumplió con el requisito de la edad el 9 de enero de 2019, por lo que para el momento en que elevó la reclamación



administrativa a la entidad demandada ya contaba con los requisitos exigidos en la ley para acceder a la prestación, de ahí que concluyera que el derecho debió reconocerse a partir del cumplimiento de la edad, puesto que la desafiliación se produjo con la última cotización efectuada.

En lo que respecta a la condena por los intereses moratorios, accedió a la misma bajo el entendido que proceden tanto por la falta de pago total de la mesada, como por la falta de pago de alguno de sus saldos o reajustes ordenados judicialmente, como así lo asentó el órgano de cierre en reciente jurisprudencia.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Colpensiones al ser la vencida en juicio apeló la decisión. Manifestó que resulta improcedente la condena impuesta, toda vez que el reconocimiento se dio con ocasión al artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990 que establece lo pertinente en materia de causación y disfrute de la pensión de vejez, por lo que se actuó conforme a derecho según los postulados legales existentes.

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 la fecha a partir de la cual le asiste el derecho al aquí demandante a disfrutar la pensión de vejez reconocida por *Colpensiones*, ello con el fin de establecer si es procedente el reconocimiento y pago del retroactivo pensiona perseguido.

En caso de salir avante el anterior problema jurídico, habrá de auscultarse si es procedente la condena por concepto de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.



c. Del caso en concreto:

Sea lo primero indicar, que no fue objeto de reproche que *Colpensiones* mediante Resolución SUB 157187 del 18 de junio de 2019, reconoció al demandante una pensión de vejez bajo los lineamientos regulados en la Ley 797 de 2003, a partir del 1 de julio de 2019, en cuantía inicia de \$6.089.857 y sobre 13 mesadas pensionales al año (Fls. 31 a 41).

Tampoco el hecho que, del referido acto administrativo, el actor interpuso recurso de reposición y subsidiariamente apelación en aras de solicitar el pago del retroactivo pensional des el 1 de enero de 2019, el cual se negó por la encartada a través de las Resoluciones SUB 189993 del 19 de julio de 2019 y DPE 7546 del 8 de agosto de 2019 respectivamente (Fls. 46 a 55 y 56 a 64).

Ahora bien, se tiene sentado que en materia pensional la fecha de causación de la pensión difiere de la fecha de disfrute de la misma, tratándose la primera, de la calenda en la cual el afiliado acredita los requisitos de edad y densidad de semanas exigidos por el legislador para acceder al derecho pensional y la segunda, del momento a partir del cual tiene derecho a entrar a percibir dicho monto, como quiera que para ello se requiere tener en cuenta hasta la última semana de cotización y se requiere verificar el retiro del sistema, acorde lo dispone el artículo 35 del Decreto 758 de 1990.

Al margen de lo enunciado, también debe recordarse que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, de vieja data tiene puntualizado que la fecha de disfrute puede ser anterior al momento en el cual se efectuó la última cotización, en aquellos casos en que se logre corroborar que el afiliado continuó realizando el pago de los aportes por un error de la Administradoras, ante la negativa de conceder el derecho pensional o cuando quiera que se denote que el afiliado realizó cualquier tipo de conducta tendiente a no continuar con las cotizaciones. Criterio vertido entre otras, en la sentencia SL5603-2016, Radicación No. 47236 del 6 de abril de 201, en la que indicó:

“El problema jurídico que debe dilucidar la Corte se contrae a determinar si la interpretación de lo dispuesto en los arts. 13 y 35 del A. 049/1990, no admite otro entendimiento diferente a que, bajo cualquier circunstancia, el disfrute de la pensión está condicionado a la desafiliación formal del sistema.

“Es cierto que la aplicación del método interpretativo gramatical o textual arroja el resultado señalado por el recurrente, en el sentido que la percepción de la pensión está supeditada a la desvinculación del régimen, lectura que ha sido ampliamente respaldada por la jurisprudencia de esta Corporación.



No obstante lo anterior, esta Sala, en situaciones particulares, en las cuales la utilización de la regla de derecho de la interpretación textual ofrece soluciones insatisfactorias en términos valorativos, ha acudido a otras alternativas hermenéuticas para dar respuesta a esos casos que, por sus peculiaridades, ameritan una solución diferente.

“Así, por ejemplo, en tratándose de eventos en los que el afiliado ha sido conminado a seguir cotizando en virtud de la conducta renuente de la entidad de seguridad social a reconocer la pensión, que ha sido solicitada en tiempo, la Corte ha estimado que la prestación debe reconocerse desde la fecha en que se han completado los requisitos (CSJ SL, 1º sep. 2009, rad. 34514; CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 6 jul. 2011, rad. 38558; CSJ SL, 15 may. 2012, rad. 37798).

“También, en contextos en los cuales la conducta del afiliado denota su intención de cesar definitivamente las cotizaciones al sistema, se ha considerado que la prestación debe ser pagada con antelación a la desafiliación formal del sistema (CSJ SL, 20 oct. 2009, rad. 35605; CSJ SL4611-2015, en esta última, si bien fueron consideraciones efectuadas en sede de instancia, la Corte ahora las reitera en sede de casación).

“En este orden, podría decirse que si bien la regla general sigue siendo la desvinculación del sistema como requisito necesario para el inicio de la percepción de la pensión, existen situaciones especiales que ameritan reflexiones igualmente particulares, y que deben ser advertidas por los jueces en el ejercicio de su labor de dispensar justicia.

“Este ejercicio de búsqueda de soluciones proporcionales y coherentes valorativamente, no implica una transgresión a las reglas metodológicas de interpretación jurídica. Antes bien, parte del correcto entendimiento que la utilización de las reglas interpretativas excluye su aplicación aislada y descontextualizada de los elementos externos. Además, en el sistema legal, la hermenéutica jurídica no se agota en la gramática o el análisis del lenguaje de los textos, pues existen otros métodos igualmente válidos que deben ser conjugados y armonizados para desentrañar el contenido de las disposiciones legales.

“En este sentido, mal haría el juzgador, excusado en que la norma es «clara» y en la idea errada subyacente de la infalibilidad del legislador, llegar a soluciones abiertamente incompatibles y desalineadas frente a lo que constituye el marco axiológico del ordenamiento jurídico. Por esto, un adecuado ejercicio hermenéutico debe integrar las distintas reglas de interpretación y los factores relevantes de cada caso, en procura de ofrecer soluciones aceptables y satisfactorias.

“Así las cosas, en el sub examine, el Tribunal no se equivocó al generar un espacio en favor de una lectura distinta a aquella según la cual el retiro formal del sistema es condición necesaria para el disfrute de la pensión. Su conducta, consistente en revisar las peculiaridades del caso sometido a su escrutinio, es en un todo aceptable, pues como en innumerables oportunidades lo ha reiterado esta Sala «si bien, los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, consagra 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» (CSJ SL, 1º sep. 2009, rad. 34514,



reiterada en CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 6 jul. 2011, rad. 38558; CSJ SL, 15 may. 2012, rad. 37798).”

La anterior disposición, ha sido tratada en recientes decisiones como lo son las sentencias SL5121-2020, Radicación No. 79630 del 14 de diciembre de 2020, SL5160-2020, Radicación No. 57313 del 9 de diciembre de 2020, entre otras.

Bajo este contexto, se observa en el *sub-lite* que el demandante arribó a los 62 años de edad el 9 de enero de 2019 atendiendo los requisitos regulados en el artículo 9º de la Ley 797 de 2003 (Fl. 8), y realizó su última cotización el 31 de diciembre de 2018 como da cuenta la copia de la historia laboral (Fls. 9 a 10).

Dimana de lo enunciado, y como lo decidió la falladora de instancia, que la pensión debió ser concedida a partir del 9 de enero de 2019, pues como se desprende de historial laboral, al haber efectuado el actor su última cotización el 31 de diciembre de 2018, era evidente su voluntad de no seguir efectuando cotizaciones al sistema en virtud a que para dicha data ya cumplía con los requisitos legales para acceder a su prestación, de ahí que la condena de primer grado deba ser confirmada por este puntualísimo aspecto, máxime si el monto calculado por la *a-quo* se encuentra ajustado a derecho.

De los intereses moratorios:

Tales intereses también resultan procedentes, toda vez que se encuentran regulados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, y tal como se advirtió en precedencia, no existían razones atendibles para no disponer el reconocimiento pensional oportunamente, esto es, desde el momento en que exteriorizó la voluntad de acceder al derecho pensional, fecha desde la cual ya había cumplido la totalidad de los requisitos de dicha prestación económica.

De la excepción de prescripción:

No operó esta figura, en tanto, la Resolución SUB 157187 del 18 de junio de 2019 fue la que reconoció el derecho pensional (Fls. 31 a 41), acto administrativo respecto de cual el demandante interpuso los recursos de reposición y subsidiariamente de apelación el 8 de julio de 2019 (Fl. 42 a 45), por lo que la encartada profirió las Resoluciones SUB189993 del 19 de julio de 2019 y DPE 7546 del 8 de agosto de 2019 (Fls. 45 a 55 y 56 a 64), entendiéndose así que, con la última resolución enunciada, cesó la interrupción de la reclamación administrativa, y al haberse presentado la demanda el 16 de octubre de 2019 (Fl. 67), es palmario que los



derechos aquí perseguidos se reclamaron dentro del término trienal regulado en los artículos 488 y 489 del C.S.T., en concordancia con el artículo 151 del C.P.T y de la S.S.

Por las razones anotadas, la sentencia de primer grado se confirmará en su integridad.

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

V. DECISIÓN

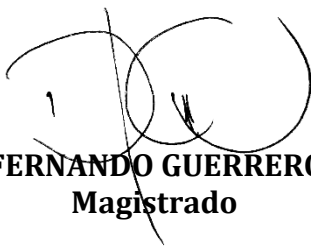
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

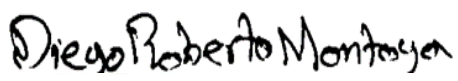
PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 12 de noviembre de 2020 por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

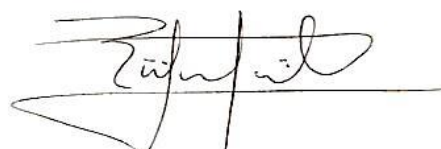
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



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 04 2019 00758 01
Demandante: BLANCA LUCIA RAMÍREZ ESCOBAR
Demandado: COLPENSIONES Y PROVENIR S.A.
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (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 1° de julio del 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:

La señora *Blanca Lucía Ramírez* interpuso demanda ordinaria laboral en contra de *Colpensiones y Porvenir S.A.*, a efectos que se declare la nulidad o ineficacia del traslado de régimen; en consecuencia, se declare la nulidad o ineficacia, ante la omisión en el deber de información; se declare que para todos los efectos la demandante ha permanecido en el Régimen de Prima



Media con Prestación Definida, advirtiéndole que no existió solución de continuidad en la afiliación; se ordene a *Porvenir S.A.* la devolución a *Colpensiones* de todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales, rendimientos financieros, gastos de póliza por invalidez y muerte y devolución de gastos de administración que han sido descontados; ordenando a *Colpensiones* la reactivación de la afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y se condene a las demandadas al pago de las costas procesales.

Subsidiariamente, anhela se declare inexistente el acto por medio del cual se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de Ahorro Individual con Solidaridad; se declare para todos los efectos que la demandante pertenece al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, se ordene a la AFP la devolución de todas las sumas de dinero, a *Colpensiones* a reactivar la afiliación, al pago de las costas y lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones expuso en síntesis que nació el 29 de mayo de 1959, se afilió a *Colpensiones* y cotizó para dicha entidad; precisa que el 16 de marzo del año 2000, y ante una campaña de desinformación por parte de las AFP se afilió a *Porvenir S.A.*, sin tener información concreta y veraz de las consecuencias de su decisión, así como sus ventajas y desventajas.

Señala que radicó derecho de petición ante *Porvenir S.A.*, solicitando una proyección de la mesada pensional; ante lo cual, la AFP le explicó las variables para obtener la mesada pensional en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por lo que entendió la necesidad de regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida; razón por la cual, el 23 de agosto del 2019 radicó solicitud de traslado ante *Colpensiones*, no obstante, la entidad le manifestó que el traslado gozaba de plena validez.



Así mismo, el 23 de agosto del 2019 radicó solicitud ante *Colpensiones* con el objeto de retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pero la misma fue resuelta de forma desfavorable.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones operó la *litis contestatio* en la que se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, expresando que el traslado de la libelista al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad fue de manera libre y voluntaria, ejerciendo su derecho a la 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, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, inexistencia de la obligación de afiliación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos y la genérica.

Por su parte *Porvenir S.A.* se opuso a las pretensiones incoadas en su contra aduciendo que la demandante al realizar el traslado del régimen pensional, lo hizo de forma libre, espontánea y completamente informado pues recibió asesoría de manera verbal con los aspectos suficientes y necesarios para entender las condiciones, beneficios, características y consecuencias del traslado de régimen.

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 1º de julio del 2020; declaró la ineficacia de la afiliación que hiciera la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para tenerla como válidamente



afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida; condenó a *Porvenir S.A.* a trasladar a *Colpensiones* el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora con todos sus frutos correspondientes rendimientos, bonos pensionales y gastos de administración; y ordenó a *Colpensiones* a aceptar el traslado de la actora.

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; y en sentencia 68838 de 2019 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 *Colpensiones*, presentó recurso de apelación en el que en suma indica que se aparta de la interpretación realizada por el Despacho, en tanto la demandante guardó silencio por más de 10 años; y respecto a la información brindada, se corrobora su cumplimiento en el interrogatorio de parte, además el formulario fue firmado de forma libre y voluntaria, por lo que estaba conforme con su decisión, además que no se acreditó de forma alguna el incumplimiento del deber de información.

Igualmente solicita se tenga en cuenta lo indicado por la H. Corte Constitucional en torno al principio de sostenibilidad financiera, al explicar que los periodos de carencia generan una descapitalización para *Colpensiones*, e incluso afectaría las garantías de los afiliados que cotizaron a lo largo de su vida laboral para dicha entidad, vulnerando además el principio de equidad. Además, debe tenerse en cuenta lo respectivo al régimen de transición y lo que tiene que ver con la carga dinámica de la prueba.

A su turno, *Porvenir S.A* presenta recurso de apelación aduciendo que la afiliación de la demandante a la AFP atendió a una decisión libre y voluntaria, aunado a ello que se le explicaron las características propias del sistema, sin presiones o apremios de ningún tipo. Pues antes de tomar la decisión recibió información suficiente sobre su decisión, suscribió el formulario de afiliación que cumple con todos los requisitos legales y ninguna AFP tiene la posibilidad de negarse al traslado de régimen de un afiliado que lo desea.

La circunstancia que conste en un formulario preimpreso, no le resta ninguna validez al acto, pues es claro que la demandante era consiente del acto realizado, no siendo dable exigir pruebas adicionales a la suscripción del formulario, puesto que se estaría obligando a lo imposible a la AFP, en la medida en que la ley no exigía requisito adicional.

Además, la AFP cumplió con las obligaciones legales a su cargo, acorde lo previsto en la Ley 100 de 1993 y las reformas posteriores, cuando se le informó en dos oportunidades distintas a la demandante la posibilidad de que podía retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y aun así, la



demandante decidió continuar afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; además, la demandante no tiene una expectativa legítima respecto al monto de su mesada pensional.

Por último, que los gastos de administración tienen un sustento jurídico, por ente, devolverlos causaría un perjuicio para la demandada, pues los gastos de administración se generaron por todos los movimientos realizados para que se dieran los rendimientos que hoy tiene la promotora en su cuenta de ahorro individual, además que también fueron utilizados para pagar los seguros previsionales.

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 *Porvenir S.A* suscrito por la libelista el 10 de marzo del 2000 (Fl 128), 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, refirió que en la empresa donde trabajaba se presentó un Asesor de *Porvenir* S.A., quien le indicó que el ISS se iba a liquidar, sin explicarle las características del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

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 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.

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:



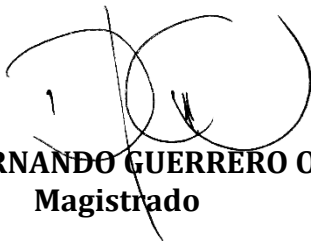
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

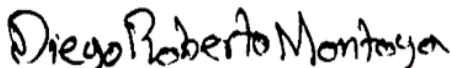
PRIMERO: CONFIRMAR sentencia proferida el 1° de julio del 2020 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

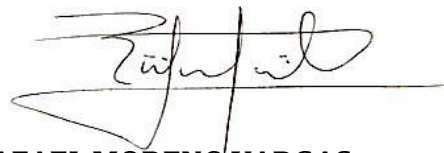
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



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 04 2019 00579 01
Demandante: LUIS JAIRO GONZALEZ GARAVITO
Demandado: COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las partes, así como a estudiar en el grado jurisdiccional de consulta a favor de *Colpensiones*, la sentencia proferida el 14 de agosto del 2020 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *Luis Jairo González Garavito*, formuló demanda ordinaria en contra de *Colpensiones y Protección S.A.*, con la finalidad de que se declare la nulidad de su traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; en consecuencia, se condene a la AFP *Protección S.A.* a devolver al Régimen de Prima Media con Prestación Definida los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con sus frutos y rendimientos.

En consecuencia, se condene a *Colpensiones* a continuar con la afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, se condene a las demandadas al pago de las sumas adeudadas debidamente indexadas, lo que resulte probado *ultra y extra petita*, junto con las costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:



Como fundamento de sus pretensiones, manifestó que cotizó en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida del 2 de noviembre de 1983 al 31 de agosto del 2000 y para el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad del 1° de septiembre del 2000 al 31 de julio del 2018.

Que el asesor encargado del traslado no le suministró la información necesaria para tomar la decisión, induciéndolo en error; precisa que el 30 de octubre del 2018, solicitó a la AFP la declaratoria de ineficacia de la afiliación del demandante, pero a la fecha no ha obtenido respuesta alguna. Así mismo, que radicó ante *Colpensiones* el 30 de octubre del 2018 dicha solicitud, pero dicha entidad denegó su solicitud.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas en su contra, aduciendo que el demandante se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ejerciendo su derecho a la libre escogencia de régimen.

Propuso y sustentó como medios exceptivos de mérito los que denominó como 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, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, presunción de legalidad de los actos jurídicos y la genérica.

Protección S.A a su turno expuso la oposición frente a cada una de las pretensiones de la demanda, como quiera que el demandante de manera libre y voluntaria suscribió la solicitud de vinculación a la AFP *Protección S.A* y en la cual, no obra constancia de situación anómala o constreñimiento, siendo los asesores diligentes al exponer las diferencias entre los regímenes pensionales.

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 la demandada, 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, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, prescripción y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:



El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 14 de agosto del 2020, declaró la ineficacia de la afiliación que hiciere el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para tenerlo como válidamente afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida; condenó a *Protección S.A.* a trasladar a *Colpensiones* el saldo de la cuenta de ahorro individual con todos sus rendimientos, bonos pensionales y gastos de administración; ordenó a *Colpensiones* a aceptar el traslado de régimen del demandante y se abstuvo de imponer costas.

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 *Protección 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:

Protección S.A inconforme con la decisión presenta recurso de apelación de forma parcial, en lo tocante a los gastos de administración, por cuanto el descuento se encuentra debidamente autorizado en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 del 2003 que opera tanto para el Régimen de Prima Media con Prestación Definida como para el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Ahora, en el hipotético caso que se declare la ineficacia y se condene a la devolución de los dineros, solo es procedente ordenar la devolución de los aportes y los rendimientos, generados por la buena gestión de la AFP, toda vez que se trata de comisiones ya causadas durante la gestión de la administradora, además que, si la comisión nunca se debió, entonces tampoco se habrían generado los rendimientos.

Finalmente, en caso de que se ordene la devolución incluyendo los gastos de administración se estaría generando un enriquecimiento sin causa a favor del demandante, sin reconocer concepto alguno por la gestión realizada.

A su vez, *Colpensiones* interpone recurso de apelación aduciendo que no tuvo injerencia alguna en la decisión del traslado realizada por el demandante, y la decisión pone en riesgo la financiación de las pensiones del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y de las personas que si han cotizado durante toda su vida



laboral en el mismo, conforme la sentencia T-489 del 2010. Además, en la Circular 019 de 1998, emitida por la Superintendencia Financiera, se estableció que cuando el afiliado decida trasladarse de régimen a la administradora, deberá manifestar su decisión mediante al formulario de afiliación, de conformidad con las disposiciones vigentes, es por ello que el traslado se dio conforme lo previsto en la Ley 100 de 1993 de forma libre y voluntaria.

En torno a la carga dinámica de la prueba, que para el caso en mención se probó en el interrogatorio de parte que el actor no solicitó asesoría al ISS, lo cual era su deber como consumidor financiero, más cuando estaba en riesgo su futuro 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 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 suscribió el actor a *Santander*, hoy *Protección S.A.* el 18 de agosto del 2000 (Fl 70), 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”*.

De otra parte, se tiene que el libelista en el interrogatorio de parte tampoco confiesa haber recibido la información suficiente, para dar por sentado el cumplimiento del deber de información que recaía en cabeza de la AFP. Por el contrario, explicó que el traslado se originó en una charla grupal que recibió cuando trabajaba en el Colegio Mayor de San Bartolomé, en la que asesores del fondo les explicaron sobre los beneficios y luego les dieron unos formularios; que en ese momento había un rumor muy grande referente a que el ISS se iba a liquidar, por tanto, los dineros se perderían, pero que lo único que le dijeron sobre los beneficios es que allí se podría pensionar.

Destacando que, si bien este no indica que haya solicitado asesoría por parte de *Colpensiones*, tal suceso por si mismo no comporta la subsanación del yerro generado por la falta del deber de información por parte de la AFP demandada.

Ahora bien, frente al recurso de apelación interpuesto 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 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 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 14 de agosto del 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 22 2018 00220 01
Demandante: MELBIN ANGEL GRASS HOYOS
Demandado: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
 COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021).

AUTO

Atendiendo al poder allegado por *Colpensiones*, se le reconoce personería adjetiva para actuar al profesional del derecho *Nicolas Ramírez Muñoz*, identificado con C.C No 1.018.463.893 y T.P No 302039 del C.S.J.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver a resolver los recursos de apelación interpuestos por *Colpensiones* y *Porvenir S.A.*, en contra de la sentencia proferida el 10 de julio del 2020 por el Juzgado Veintidós 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 *Melbin Ángel Grass Hoyos*, formuló demanda en contra de *Colpensiones* y *Porvenir S.A.*, con la finalidad que se declare la nulidad del traslado y afiliación del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por *Porvenir S.A.*

En consecuencia, se ordene el retorno del demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, se ordene a *Porvenir S.A.* trasladar a *Colpensiones* todas las



cotizaciones y rendimientos financieros que reposan en la cuenta de ahorro individual, lo que resulte probado *ultra y extra petita*, junto con las costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que nació el 22 de mayo de 1957 y cuenta con 1639 semanas, efectuando cotizaciones desde el mes de mayo de 1984.

Precisa que desde el año 1994 las AFP iniciaron campañas masivas de afiliación y en julio de 1999 fue abordado por un asesor de *Porvenir S.A* persuadiéndolo para realizar el traslado de régimen, sin brindarle ningún tipo de asesoría legal en la materia.

Indica que mediante radicado el 18 de octubre del 2017 solicitó a *Colpensiones* el traslado de régimen, no obstante, le fue denegada su solicitud.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, como quiera que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente al demandante se le hubiere hecho incurrir en un error por parte de las AFP o que se está en presencia de algún vicio del consentimiento, así mismo no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte del demandante.

Formuló las excepciones de inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica.

Porvenir S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones, por cuanto la información suministrada a la demandante se encuentra acorde a las disposiciones legales y por la vigilancia y control que sobre ellas ejerce la Superintendencia Financiera de Colombia.



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

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 10 de julio de 2020, declaró la ineficacia del traslado efectuado por el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, acaecido el 1º de diciembre de 1999, ordenó a *Porvenir S.A.* a trasladar a *Colpensiones* los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, quien está en la obligación de recibir y efectuar los ajustes en la historia pensional del actor; declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a la AFP.

Para arribar a dicha conclusión, indicó que sobre la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad existen múltiples pronunciamientos de la H. Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral atinentes al deber de información que le corresponden a las AFP desde su creación, con el objeto de que los afiliados adoptaran una decisión libre y voluntaria, posteriormente esta obligación se transformó en el deber del buen consejo y finalmente en la doble asesoría. Ello implica que el juez debe evaluar la obligación de la AFP al momento del traslado, pero si pasar por alto que esta siempre ha existido.

Igualmente, precisa que el formulario de afiliación no resulta necesario para acreditar el deber de información, pues este acredita un consentimiento, pero no que este haya sido informado.

De otra parte, recuerda que la carga probatoria sobre el deber recae en cargo de la AFP, bastando al afiliado indicar que no ha recibido la respectiva información y, en consecuencia, la AFP debe acreditar cual fue la información brindada.

Concluyó la *a-quo* que en el curso del proceso no se probó de forma alguna el deber de información, por cuanto lo único que se allegó fue el formulario de afiliación y el demandante no realizó sobre el particular, confesión alguna en su interrogatorio.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:



Colpensiones inconforme con la decisión presenta recurso de apelación en el que en suma indica que debe ser revocada la sentencia, por cuanto el querer obtener una mayor mesada pensional, no puede tenerse como el único motivo para poder obtener el traslado de régimen, máxime que si bien la decisión de trasladarse fue adoptada de forma libre y voluntaria, la misma no da lugar a ningún vicio del consentimiento; de otra parte, que la falta de información a que alude la demandante, consiste en no conocer para la época del traslado el valor de su mesada pensional, lo cual no encuadra en lo analizado por la jurisprudencia.

Adicionalmente que *Colpensiones* no debe resultar perjudicada por actos jurídicos que terceros, en los cuales no tuvo injerencia, máxime cuando el dinero de la cuenta de ahorro individual apenas podría cubrir ocho (8) años de pensión, por cuanto el demandante no cumplió con el principio de solidaridad en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, lo que genera además la desfinanciación del sistema.

Porvenir S.A. a su turno presenta recurso de alzada, refiriendo en síntesis que no se debió invertir la carga de la prueba, pues en todo caso se aportó el respectivo formulario de afiliación que da cuenta del traslado voluntario. De otra parte, que la Ley 100 de 1993, previó la posibilidad que existieran dos regímenes con características distintas que den lugar a montos pensionales distintos, lo cual no implica que se pueda declarar una ineficacia. Por otra parte, la jurisprudencia a la cual se alude corresponde a casos en los cuales los afiliados son beneficiarios del régimen de transición y por lo tanto no pueden ser aplicadas al presente caso, por tratarse de supuestos de facto distintos.

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 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 del demandante a *Porvenir S.A* del 1° de diciembre de 1999, documental 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 respectiva; por el contrario afirmó que su traslado obedeció a una reunión grupal efectuada por los asesores de la AFP en la empresa para la cual laboraba para la fecha del traslado, en el curso de la cual le indicaron que el ISS se iba a liquidar y perdería todo el tiempo que tenía, además que con el



traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad obtendría una pensión más alta, además se podía pensionar a cualquier edad y la pensión podría heredarla a sus hijos.

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 haya 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 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 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.

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.



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:

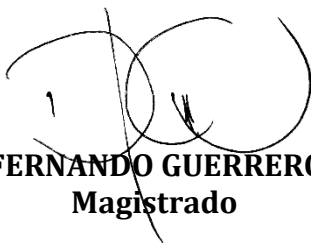
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

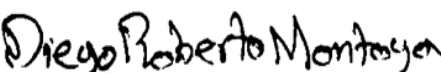
PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 10 de julio de 2020 por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

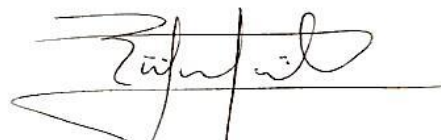
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



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 28 2019 00656 01
Demandante: MARIA VICTORIA VÉLEZ PERDOMO
Demandado: COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021).

AUTO:

Se reconoce personería a la abogada *Alida del Pilar Mateus Uribe*, identificada con cédula de ciudadanía No. 37.627.008 y T.P. 221.228 del C. S. de la Judicatura, para actuar en representación de *Colpensiones*, en los términos y facultades del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por *Porvenir S.A* y *Colpensiones*, en contra de la sentencia proferida el 11 de noviembre de 2020 por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *María Victoria Vélez Perdomo*, formuló demanda ordinaria laboral en contra de *Colpensiones* y *Porvenir S.A.*, a efectos que se declare la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado en noviembre de 1995, se declare la no solución de continuidad de la afiliación de la demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, se ordene a la *AFP Protección S.A.* trasladar a *Colpensiones* la totalidad de los aportes efectuados con los



rendimientos financieros y a esta última a recibirlos, lo que resulte probado *ultra y extra petita*, junto con las costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 29 de enero de 1960, procediendo a realizar cotizaciones para *Colpensiones* del 4 de julio de 1986 al 31 de agosto de 1995; sin embargo, a partir del 1º de septiembre de 1995 se trasladó a *Protección S.A.*, sin recibir información detallada, clara, suficiente, transparente, calificada, objetiva y comprensible respecto a las características de cada régimen. Señala que el 29 de enero de 2017 cumplió los 57 años de edad y el 29 de mayo del 2019 mediante reclamación escrita solicitó el traslado de su afiliación a *Colpensiones*, obtenido una respuesta negativa por parte de dicha entidad el 4 de junio del 2019. Igualmente, elevó reclamación ante la AFP *Protección S.A.* la que omitió dar respuesta a su solicitud y, por tanto, tuvo que interponer acción de tutela, obteniendo una respuesta negativa de parte de la AFP.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas en su contra, expresando que las mismas eran inapropiadas y desacertadas, pues el origen de la acción no era la falta de información sino la inconformidad frente a la mesada pensional.

Formuló las excepciones de mérito denominadas protección, sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social, la genérica y buena fe.

Protección S.A. por su parte, refirió en su contestación que se opone a la totalidad de las pretensiones, en especial aquellas dirigidas a obtener la declaratoria de nulidad de la afiliación o la ineficacia del traslado, habida consideración que se trata de un acto existente, válido y exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo.



Propuso como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe y prescripción.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 11 de noviembre del 2020, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 28 de agosto de 1995, por intermedio de la AFP *Protección S.A.* y en consecuencia declaró como afiliación válida la del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por *Colpensiones*; condenó a la AFP *Protección S.A.* a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la demandante; condenó a *Colpensiones* a activar la afiliación de la demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida; declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a la demandada.

Como sustento de su decisión manifestó que la Corte Suprema de Justicia en reiterados pronunciamientos ha precisado que es obligación de las AFP acreditar que brindaron a los afiliados la información correspondiente sobre las consecuencias del traslado y las diferencias existentes entre ambos regímenes a efectos que pueda determinar la que más le conviene e incluso, desincentivar el traslado de no convenirle al afiliado.

Que en el plenario no hay prueba de que se le haya suministrado a la demandante información sobre las ventajas y desventajas del traslado, precisando que si bien obran los formularios de afiliación este no es un medio idóneo para acreditar que se brindó la correspondiente información, motivo que impelía a declarar la ineficacia del traslado con el consecuente traslado de aportes y demás emolumentos.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Protección S.A. inconforme con la decisión presentó recurso de apelación en el que solicita la modificación de la misma, puntualmente en lo tocante al numeral segundo mediante el cual se ordenó la devolución de los dineros sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguros; para el efecto refiere que de asumirse que la afiliación no existió, y por ello no es dable estimar que se hayan



generado rendimientos que ameriten devolución ni el seguro provisional, por lo que habría lugar a trasladar a *Colpensiones* únicamente lo correspondiente a cotizaciones; en su defecto, de estimarse que la afiliación de la demandante no existió pero que los rendimientos si se generaron, se debe considerar que incluso *Colpensiones* habría cobrado lo respectivo a los gastos de administración y seguros previsionales, luego solo se trasladaría el capital mas los rendimientos, más no los gastos de administración y cuotas de administración, planteamientos que se hacen con el objeto de evitar un enriquecimiento sin justa causa por parte de *Colpensiones* y que no se desconozca la actividad desarrollada por la AFP.

Por otra parte, *Colpensiones* presenta recurso de apelación en el que en suma indica que se evidencia que no existió intención o inconformidad de la actora de pertenecer a la AFP, ni que los engaños o falencias sean ajenas al perfeccionamiento de que trata el artículo 898 del Código de Comercio y sentencia SL-413 del 2018, igualmente de cara al Código Civil, existió un perfeccionamiento en virtud de los artículos 1752 y 1754.

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 éste.

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 28 de agosto de 1995 a la AFP *Protección S.A.*, según se avizora en la misiva de folio 154; 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”.*

Por otra parte, en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que se le haya suministrado la información, a *contrario sensu* indica que para dicha época trabajaba en Fabricato en Medellín y a los trabajadores los reunieron para la afiliación a los fondos privados, señalando que el ISS se iba a liquidar, sin afirmar en momento alguno que se haya brindado una explicación exacta o clara respecto a las características de cada régimen, ni mucho menos las consecuencias del traslado. En ese orden de ideas, le asiste razón al *a-quo* al declarar la ineficacia del traslado.



Ahora bien, frente al recurso de apelación interpuesto por *Protección S.A.*, 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.

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»”.

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;

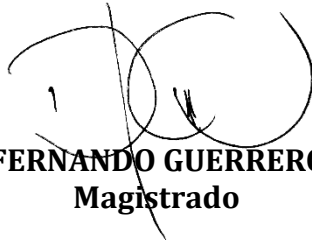
RESUELVE:



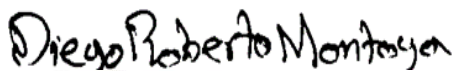
PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 11 de noviembre del 2020 por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia.

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 00150 01
Demandante: BEATRIZ BECERRA ROJAS
Demandado: COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y OLD MUTUAL – hoy
SKANDIA
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por *Colpensiones y Old Mutual* – hoy *Skandia*, en contra de la sentencia proferida el 15 de octubre de 2020 por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Beatriz Becerra Rojas*, formuló demanda ordinaria en contra de *Colpensiones, Colfondos S.A. y Old Mutual* - hoy *Skandia S.A.*, con la finalidad que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado efectuada a *Colfondos S.A.* por la indebida y nula información que le suministró el fondo privado, y se ordene a las demandadas realizar todas las gestiones administrativas tendientes a anular la afiliación realizada el 27 de abril de 1994.

Asimismo, solicita se le ordene a *Old Mutual* - hoy *Skandia S.A.*, trasladar a *Colpensiones* la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en su cuenta de ahorro individual, y que *Colpensiones* reciba los mismos y la corrección de la historia laboral.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:



Como fundamento de sus pretensiones, mencionó que nació el 14 de mayo de 1961, cumpliendo la edad mínima requerida dentro del Régimen de Prima Media con Prestación Definida para acceder la pensión de vejez el mismo día y mes de 2018, afiliándose al entonces ISS el 6 de agosto de 1987.

Que el 27 de abril de 1994, encontrándose vinculada laboralmente con el empleador Bavaria, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de *Colfondos S.A.*, sin que existiese una decisión de traslado de manera libre y voluntaria, pues no estuvo ilustrada con la suficiente información, por lo que no existe tal consentimiento de libertad y voluntariedad.

Igualmente, indicó que era obligación de los asesores en su momento, informar sobre el año gracia regulado en la Ley 797 de 2003, reglamentado por el Decreto 3800 de 2003, atinente a la imposibilidad de trasladarse de régimen cuando le faltaren diez años o menos para cumplir con la edad mínima para adquirir el derecho a la pensión según disposición del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, entre otros factores.

Por último, mencionó que solicitó ante las encartadas el traslado de régimen, la cual resultó impropia.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones, como quiera que frente al negocio jurídico celebrado entre las partes, esto es, el formulario de afiliación, se generaron obligaciones recíprocas dentro de las cuales, estaba en cabeza de la demandante la obligación de informarse frente a las consecuencias de generar el traslado a un fondo privado en tanto los regímenes pensionales se encuentran regulados en la legislación colombiana, por lo que son de público conocimiento y en ese sentido, no existía limitación en cabeza de la actora para informarse de las condiciones de su traslado, no existiendo vicios en el consentimiento que fundamenten la declaratoria de nulidad del traslado, máxime si obra en el expediente prueba de dicho formulario, así como la relación de cotizaciones efectuadas a la AFP que soportan la decisión de traslado efectuada.

Formuló las excepciones de buena fe en las actuaciones de *Colpensiones*, el hecho de un tercero, presunción de legalidad de los actos jurídicos, calidades 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 de 2005, prescripción, e innominada o genérica.

Colfondos S.A., elevó escrito de allanamiento de la demanda de conformidad con lo establecido en el artículo 99 del C.G.P (Fl. 178), el cual se negó por el Juzgado mediante proveído del 28 de agosto de 2020, teniéndose además por no contestada la demanda (Fl. 179).

Old Mutual S.A. –hoy Skandia S.A. operó la *litis contestatio* señalando no haber participado en el acto de traslado. De otra parte, que la afiliación a dicha AFP se verificó con estricto cumplimiento a los parámetros legales que rigen la materia, por lo cual no es dable declarar la ineficacia deprecada.

Formuló y sustentó las excepciones que denominó prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 15 de octubre de 2020, declaró la ineficacia de la afiliación que hizo la actora ante *Colfondos S.A.*, efectuada en el mes de mayo de 1994, ordenándole a la AFP trasladar con destino a *Colpensiones* todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales con sus frutos e intereses de conformidad con lo establecido en el artículo 1746 del Código Civil, junto con los rendimientos que se hubieren causado en la cuenta individual, y las deducciones de los aportes por gastos de administración.

De la misma manera, le ordenó a *Colpensiones* recibir a la actora como su afiliada, actualizar y corregir su historia laboral una vez recibidos los correspondientes dineros.

Para arribar a dicha conclusión, indicó que atendiendo los parámetros legales así como lo indicado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es deber de las AFP demostrar una debida información y buen consejo al momento de la afiliación de sus afiliados, situación que dentro del presente asunto *Colfondos S.A.* no logró demostrar respecto de la demandante para el año 1994.

Asimismo, adujo que era procedente que *Old Mutual –hoy Skandia S.A.*, por ser la AFP donde en la actualidad se encuentra afiliada la actora, devolviera todas las



contingencias que se encontrasen en su cuenta de ahorro individual incluyendo los gastos de administración, como quiera que así lo ha preceptuado la Corte Suprema en su Sala Laboral en reiterada jurisprudencia.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Old Mutual –hoy Skandia S.A apeló la decisión, argumentando que no deben trasladarse con destino a *Colpensiones* los gastos de administración, como quiera que los mismos son de una doble naturaleza y por tanto, es una contraprestación que se realiza no solamente por los riesgos de invalidez, vejez y muerte, sino también por la administración de la cuenta individual de la demandante, de ahí que dichos frutos se hayan dado precisamente por la administración del fondo privado, y por consiguiente no es procedente su traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

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 no fue aportado el formulario de afiliación que realizara la demandante a través de *Colfondos S.A.* en el año de 1994, de ahí que ni siquiera exista una prueba soportada de una debida información, y que si en gracia de discusión existiese, tal formulario no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, 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 lo que no se acreditó que a la actora se le hubiesen suministrado la información s condiciones necesarias entre uno y otro régimen, como tampoco las ventajas y desventajas de los mismos.

Ahora bien, frente al recurso de apelación interpuesto por *Old Mutual – hoy Skandia*, por ser donde en la actualidad se encuentra afiliada la actora según se advierte del formulario de afiliación del 26 de noviembre de 2003 (Fl. 143), 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.

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»”.

Es así, por lo que no le asiste 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 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 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;

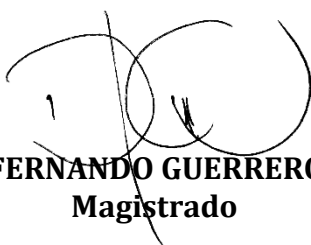


RESUELVE:

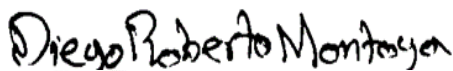
PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 15 de octubre de 2020 por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, en el entendido de declarar ineficaz la afiliación de la actora en el Régimen de Ahorro Individual con Solidad, de conformidad 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 26 2019 000323 01
Demandante: MELBA YANET BELTRÁN GRANDE
Demandado: COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021).

AUTO:

Se reconoce personería a la abogada *Alida del Pilar Mateus Uribe*, identificada con cédula de ciudadanía No. 37.627.008 y T.P. 221.228 del C.S. de la Judicatura, para actuar en representación de *Colpensiones*, en los términos y facultades del poder conferido.

De otra parte, *Porvenir S.A* allega poder de sustitución, conforme al cual se le reconoce personería adjetiva para actuar al profesional del derecho *Brigitte Natalia Carrasco Boshell*, identificada con C.C No 1.121.914.728 y T.P No 288.455.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por *Porvenir S.A.*, en contra de la sentencia proferida el 17 de septiembre de 2020 por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Melba Yanet Beltrán Grande*, formuló demanda ordinaria en contra de *Colpensiones, Porvenir S.A. y Protección S.A.*, con la finalidad que se declare la nulidad de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad que efectuara el 5



de julio de 1994 a través de la AFP Colmena – hoy *Protección S.A.*, y con posterioridad a *Porvenir S.A.* el 30 de marzo de 2005.

Por tal motivo, se le ordene a *Colpensiones* aceptar su traslado y efectuar la afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, junto con el ahorro realizado y los respectivos rendimientos.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, expuso que estuvo afiliada para los riesgos de vejez, invalidez y muerte en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde el 3 de febrero de 1988 hasta el 31 de diciembre de 1994, y en el año de 1994, la empresa privada AIH Cargo International, permitió la entrada de los asesores de la AFP Colmena – hoy *Protección S.A.*, con la finalidad de afiliar a sus empleados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Que por tal razón, esos asesores le indicaron que lo mejor para su futuro pensional era realizar el traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por cuanto el entonces ISS se iba a liquidar por tener una grave crisis financiera al ser de público conocimiento su mala administración, puntualizándole que su pensión sería igual o superior en el fondo privado.

Además de lo anterior, se le indicó que se podría pensionar anticipadamente a diferencia del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin que se le precisara que tal connotación desmejoraría su mesada pensional, de ahí que, creyendo en las promesas de los asesores, tomó la decisión de trasladarse el 5 de diciembre de 1994.

Que con posterioridad a la afiliación, nunca recibió una asesoría en la que se compararan ambos regímenes pensionales, así como que en el año 2005, un asesor de *Porvenir S.A.* le indicó que dicha entidad le daría mayor rentabilidad y que su pensión sería superior a la que obtendría con Colmena – hoy *Protección S.A.*, de ahí que hubiese suscrito un nuevo traslado entre AFP el 30 de marzo de 2005, sin una debida información.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:



Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas en su contra, argumentando que la afiliación de la actora al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad goza de plena validez y legalidad, puesto que no se probó por parte de la accionante alguna de las causales de nulidad ni vicios en el consentimiento, tales como error, fuerza y dolo.

Propuso las excepciones de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y declaratoria de otras excepciones.

Protección S.A., resaltó en su contestación que no es procedente la nulidad y/ineficacia del traslado, toda vez que nos encontramos frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, máxime si el formulario de afiliación se suscribió de manera libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación.

Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, aprovechamiento indebido de los Recursos Públicos y del Sistema General de Pensiones, innominada o genérica, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad 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 de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, y la denominada traslado de los aportes a otra administradora.

Porvenir S.A., argumentó que cuando la actora se trasladó ante sus dependencias, se le informó que el monto de su pensión dependería del capital aportado en su cuenta individual, que podría realizar aportes voluntarios, periódicos u ocasionales a su cuenta, que tendría derecho a bono pensional si había aportado 150 semanas dentro de los tres años anteriores al traslado de régimen pensional y que su vinculación era completamente voluntaria, entre otros factores.

Incorporó como medios exceptivos los 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 Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 17 de septiembre de 2020, declaró ineficaz el traslado efectuado por la demandante al Régimen de Ahorro Individua con Solidaridad en el año 1994, por lo que condenó a *Porvenir S.A.* a trasladar a *Colpensiones* la totalidad de los aportes, junto con los rendimientos causados sin lugar a descontar suma alguna por conceptos de administración, condenando a su vez a *Colpensiones* a aceptar dicho traslado, y contabilizar para efectos pensionales las semanas cotizadas por la actora.

Para arribar a dicha conclusión indicó que según los criterios legales y jurisprudenciales emanados por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la carga probatoria del buen deber de información recae sobre las AFP, con el fin que se permita la voluntad de una decisión autónoma y consiente, aspecto que por pasiva no se logró demostrar.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Porvenir S.A. inconforme con la decisión la apeló. Expuso que el traslado efectuado por la demandante en el año de 1994 a través de la antigua AFP Colmena – hoy *Protección S.A.* goza de tota validez, pues el mismo se dio de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 692 de 1994, de ahí que la suscripción del formulario de afiliación goce de plena validez y sea una manifestación inequívoca de su interés de pertenecer al Régimen de Ahorro Individua con Solidaridad, y que fuese ratificada con posterioridad ante sus dependencias.

En lo que respecta a los gastos de administración, señala que no es procedente su devolución como quiera que dentro del presente asunto nos encontramos ante una ineficacia, por lo que no pueden desconocerse las gestiones como AFP respecto de los aportes pensionales durante el lapso en que la demandante ha estado afiliada, máxime si los gastos de administración operan por disposición legal.

Por último, refirió que debe operar el fenómeno prescriptivo, puesto que la ineficacia no tiene una relación directa con el derecho pensional, por lo que la actora debió acudir ante la jurisdicción durante los tres años siguientes al traslado, aspecto que no sucedió.

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 4 de diciembre de 1994 a la AFP Colmena – hoy Protección S.A. (Fls. 52), 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”.

Por otra parte, en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que se le haya suministrado la información, por lo que no se demostró que se le hubiese suministrado la información sobre las condiciones necesarias entre uno y otro régimen, como tampoco las ventajas y desventajas de los mismos.

Ahora bien, frente al recurso de apelación 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.



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, 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»”.

Es así, que no se considera 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 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.

Finalmente, en virtud del grado jurisdiccional de consulta y lo sustentado en la alzada, 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

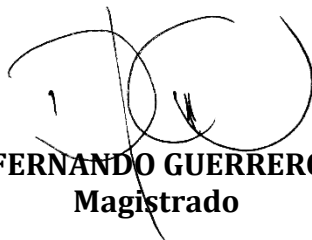
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

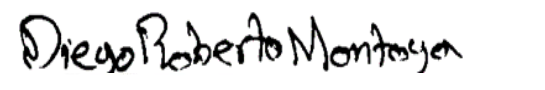
PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 17 de septiembre de 2020 por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

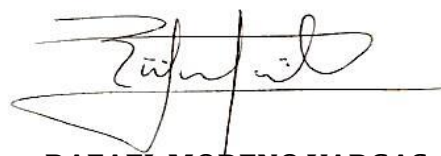
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



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 **07 2019 00335 01**
Demandante: NOHORA JEANNETTE MORA DUARTE
Demandado: COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por *Colpensiones*, en contra de la sentencia proferida el 1º de septiembre de 2020 por el Juzgado Veinte 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 *Nohora Jeannette Mora Duarte*, formuló demanda en contra de *Colpensiones* y *Colfondos S.A.*, con la finalidad que se declare la nulidad de su traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad), efectuado el día 08 de febrero de 1995 ante la AFP *Colfondos S.A.*

En consecuencia, se ordene a *Colfondos S.A.* a retornar todos los valores que hubiere recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieren causado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por *Colpensiones*, régimen al cual debe tenerse por afiliada de manera continua desde el 9 de septiembre de 1985 y sin solución de continuidad, más lo que resulte probado *ultra y extra petita*.



1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, adujo que nació el 4 de octubre de 1961; que el 9 de septiembre de 1985 inició a cotizar de manera ininterrumpida a Instituto de Seguros Sociales, por lo cual al 31 de enero de 1995 había cotizado un total de 447,57 semanas.

Señala que para el mes de febrero de 1995 se encontraba laborando para COLSUBSIDIO, y a través de engaños por parte de la AFP *Colfondos S.A.* inició un acoso constante por parte de la asesora *María Victoria de Rodríguez*, ofreciéndole invariables beneficios superiores a los que podría obtener con el Régimen de Prima con Prestación Definida; que para el año 1997 los asesores de la AFP *Porvenir S.A.* lo persuadieron de trasladarse a dicho fondo, sin brindarle la información necesaria para tal acto; y *Protección S.A.*, por conducto de asesores, le exigieron afiliarse aduciendo que el gerente de COLSUBSIDIO daba dicha directriz, por lo que accedió, no obstante, al solicitar información, se le señaló que no se encuentra afiliada, por lo cual continúa en *Colfondos S.A.*

Es por esto que, la demandante presenta una cotización continua desde febrero de 1995 hasta el mes de febrero de 2018, es decir 1.203 semanas cotizadas bajo el régimen de ahorro individual con solidaridad; que para un total de semanas cotizadas son 1.649 al 31 de febrero de 2018.

Que ante un derecho de petición radicado ante AFP *Porvenir S.A.*, se dio por respuesta a la solicitud el día 21 de noviembre de 2018, señalando que *“se presentó un conflicto de multifiliación, toda vez que se registra activa tanto en nuestra administradora como en Colfondos, situación a que llevo a que este caso fuera reportado en el comité de multifiliación en el sistema de información de los afiliados a las administradoras de los de pensión...”*(..)...por lo tanto su [sic] apoderada no continúa con el Fondo de Pensiones Obligarías *Porvenir S.A....*”(..). (folio 73)

De otra parte, que solicitó la anulación del traslado, a lo cual no se accedió por las demandadas; que la AFP *Colfondos S.A.* realizó la simulación pensional, siendo más beneficioso el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:



Colpensiones operó la *litis contestatio* al señalar que no se evidencia que en el traslado de régimen se haya incurrido en engaño y asalto a la buena fe de la demandante, ni fue inducida a error o viciado su consentimiento; igualmente que la demandante no cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, para trasladarse de régimen en cualquier tiempo.

Formuló las excepciones de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, calidez de la afiliación al régimen de ahorro individual, cobro a lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, No procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

Por su parte, en la contestación de la demanda de *Colfondos S.A.* se aduce que el negocio jurídico de la actora fue un cambio de régimen pensional, el cual está precedido de todas las formalidades legales para que tenga plena validez, aunado que dentro del plenario no existe prueba sumaria que demuestre la existencia de algún vicio del consentimiento, presunto engaño u omisión al momento de la suscripción del formulario de afiliación.

Formulo 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.*, imposibilidad de imponer simultáneamente por indexación e intereses moratorios, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 1º de septiembre de 2020, declaró la ineficacia de la afiliación o traslado de Régimen pensional de Prima Media con Prestación definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado el 8 de febrero de 1995; ordenó a *Colfondos s. A.* devolver la totalidad de aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones de la autora, junto con los rendimientos financieros causados y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor.



Para arribar a dicha conclusión, el juzgador argumenta que la AFP, no acreditó haber cumplido a cabalidad con el deber de información ni de asesoría a la accionante respecto a las implicaciones que tendría trasladarse de régimen, siguiendo de esta forma los lineamientos legales y precedentes jurisprudenciales que han tratado este tema ampliamente, por lo tanto se considera que existió engaño y asalto de su buena fe induciendo en error y viciando su consentimiento.

De otra parte, que la carga probatoria corresponde a la AFP, sin que para tal cometido sea suficiente aportar el formulario de afiliación; de igual manera, que la ineficacia de la afiliación no sólo tiene cabida cuando el afiliado tiene una expectativa de pensión, es decir no solamente cuando el beneficiario del régimen de transición.

En sentido declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, disponiendo la reactivación de la afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, así como la consecuente obligación de devolución de los saldos.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Colpensiones inconforme con la decisión presentó recurso de apelación, señalando que la afiliación al fondo privado se efectuó en ejercicio legítimo del derecho de libre escogencia de régimen pensional, sin que el desconocimiento de la ley exima de responsabilidades a la accionante, ni puede servir de fundamento para la ineficacia del traslado.

De otra parte, que la accionante incurre en contradicciones en el interrogatorio de parte, pues señala que no le brindaron información alguna y posteriormente que no recuerda la asesoría otorgada.

Refiere que la decisión quebranta el principio sostenibilidad financiera, consagrado en el artículo 48 Superior, así como 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 resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

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

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de



no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

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

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

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



otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

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

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

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

En el presente proceso, se allega el formulario por medio del cual la accionante realiza el traslado de régimen a la *AFP Colfondos S.A.*, el 8 de febrero de 1995 (Fl. 67); de igual manera el oficio del 21 de noviembre de 2018, en el cual se deja constancia que el comité de multiafiliación determinó que, frente a los traslados entre AFP, la vigente es la suscrita con *Colfondos S.A.*, por lo cual no tienen eficacia y no ha estado vinculada a otro fondo privado diferente.

Ahora bien, aunque 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; 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, ni las contradicciones que refiere *Colpensiones* implican tener por probado tal presupuesto, máxime que no se aportó otro medio de convicción que diera cuenta del cumplimiento del deber de información.

De tal manera, que al no haber cumplido la AFP el *onus probandi* que le correspondía, le asiste razón al a-quo al declarar la ineficacia del traslado.

Ahora bien, respecto a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la demandante, 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 llegara financiar la pensión.

Igualmente, 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

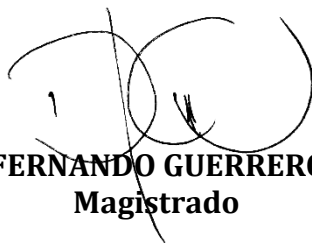
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

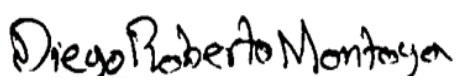
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 1º de septiembre de 2020 por el Juzgado veinte del Circuito de Bogotá, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

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 21 2019 00480 01
Demandante: ARCELINA SEPÚLVEDA VELANDIA
Demandado: COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021).

AUTO:

Se reconocer personería a la abogada Jennifer Ximena Lugo Rojas, identificada con cédula de ciudadanía No. 36.311.956 y T.P. 36311956 del C. S. de la Judicatura, para actuar en representación de *Colpensiones*, conforme a las facultades y fines del poder de sustitución.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 23 de septiembre de 2020 por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Arcelina Sepúlveda Velandia*, formuló demanda ordinaria en contra de *Colpensiones*, con la finalidad que se declare que el causante *Pablo Silva Mora* al momento de su fallecimiento, esto es, el día 14 de septiembre de 1996, tenía cumplidas la densidad mínima de semanas para dejar causada la pensión de sobrevivientes a sus beneficiarios, de ahí que sea beneficiaria de la prestación en calidad de cónyuge supérstite.

Por consiguiente, se le condene a *Colpensiones*, a reconocerle y pagarle la pensión de sobrevivientes de manera retroactiva, incluidas las mesadas adicionales y los reajustes de ley, al pago de los intereses moratorios dispuestos en el artículo 141 de



la Ley 100 de 1993, indexación, lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita* y cosas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que el señor *Pablo Silva Mora* nació el día 1º de septiembre de 1951 y falleció el 14 de septiembre de 1996.

Que contrajo matrimonio con el causante el 18 de enero de 1975, compartiendo como pareja techo, lecho y mesa por más de diez años desde el día de la celebración de sus nupcias, procreando dos hijos de nombres *Flor Ángela Silva Sepúlveda* y *Gerardo Silva Sepúlveda*, quien falleció.

Seguidamente, mencionó que presentó solicitud ante *Colpensiones* para que le fuera reconocida la sustitución pensional, la cual fue negada con el argumento que no había convivido por lo menos dos años o más anteriores a la fecha de fallecimiento del causante.

Por último, expuso que la encartada mediante Resolución No. 0081 del 16 de marzo de 2000, concedió la pensión de sobreviviente a *Flor Ángela Silva Sepúlveda* en calidad de hija mayor de edad y estudiante.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas en su contra, refiriendo que la actora no demostró la convivencia con el causante dentro de los cinco años anteriores a su fallecimiento, de conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003.

Propuso las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe, 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, compensación, prescripción, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, e innominada o genérica.

A la integrada como litisconsorte necesaria señora *Flor Ángela Silva Sepúlveda*, mediante proveído del 13 de marzo de 2020 (Fl. 52), se la tuvo notificada por conducta concluyente de conformidad con lo establecido en el artículo 301 del



C.G.P., y a través de proveído del 10 de agosto de 2020, se le tuvo por no contestada la demanda.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 23 de septiembre de 2020, declaró probadas las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe de *Colpensiones* y carencia de causa para demandar, por lo que absolvió a la entidad de las pretensiones formuladas en su contra.

Para arribar a dicha conclusión, indicó en primer lugar que, de conformidad con el Registro Civil de Defunción, el causante falleció el 14 de septiembre de 1996, por lo que la norma aplicable de los requisitos pensionales es el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 en su inicial redacción. Refirió que también se acreditó el Registro Civil de Matrimonio, que da cuenta que en efecto la aquí demandante y el causante contrajeron nupcias el 18 de enero de 1975.

Que analizada en conjunto la prueba testimonial y el interrogatorio de parte practicado a la demandante, en concordancia con las demás pruebas, concluyó que existió duda respecto de lo enunciado en la demanda y la realidad procesal, en lo que respecta a la supuesta convivencia entre la actora y el causante al momento del fallecimiento, por lo que decidió la improcedencia del derecho reclamado.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandante inconforme con la decisión la apeló. Indicó que como se demuestra del Registro Civil de Matrimonio, contrajo nupcias con el causante desde 1975, por lo que compartieron lecho, techo y mesa por más de cinco años, aunado a que los testigos advirtieron la convivencia exigida en la norma.

Que en lo que concierne a la relación simultánea que tenía con el señor *Alfredo Cuevas*, tal aspecto no implica que no pueda ser merecedora de la pensión de sobrevivientes, ya que siempre apoyó al causante, le brindó asistencia económica, sumado a que como pareja con el fallecido procrearon dos hijos.

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 la aquí demandante en su condición de cónyuge, le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la sustitución pensional pretendida.

De prosperar el anterior problema jurídico, la Sala auscultara desde qué fecha debe disfrutar la prestación el actor, y si es procedente el reconocimiento y pago de los intereses moratorios e indexación.

c. Del caso en concreto:

Sea lo primero indicar, que no fue objeto de reproche que mediante la Resolución No. 0003 del 1 de enero de 2005, el antiguo ISS le reconoció una indemnización sustitutiva de sobrevivientes a la señora *Flor Ángela Silva Sepúlveda* por valor de \$2.612.556, como da cuenta la Resolución GNR 100290 del 9 de 2005.

Además, en la resolución en comento, se puede apreciar que *Colpensiones* a través de Resoluciones GNR 129095 del 15 de abril de 2014, GNR 2201157 del 16 de junio de 2014, VPB 16983 del 1 de octubre de 2014 y VPB 13547 del 16 de febrero de 2015, negó el derecho de la pensión de sobrevivientes pretendido por la demandante, con el argumento que no cumplió con los requisitos mínimos legales para acceder a la prestación, como lo fue la convivencia.

De la misma manera, dentro del plenario obra copia del Registro Civil de Matrimonio que da fe que el actor y la causante, contrajeron matrimonio por el rito católico el 18 de enero de 1975 (Fl. 13)-

Así las cosas, procede la Sala a resolver el derecho pensional deprecado por el demandante.

A folio 4, obra copia del Registro Civil de Defunción del señor *Pablo Silva Mora*, que denota que su deceso sucedió el 14 de septiembre de 1996, situación que a su vez



conduce a que el derecho deprecado se estudie a la luz de las prerrogativas de los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993 en su versión original, la cual dispone:

“ARTICULO 46. Requisitos para obtener la Pensión de Sobrevivientes. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez, o invalidez por riesgo común, que fallezca, y

2. Los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre que éste hubiere cumplido alguno de los siguientes requisitos:

a) Que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de la muerte;

b) Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos 26 semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte.

PARAGRAFO. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo dispuesto en los párrafos del artículo 33 de la presente Ley.

ARTICULO 47. Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante por lo menos desde el momento en que éste cumplió con los requisitos para tener derecho a una pensión de vejez o invalidez, y hasta su muerte, y haya convivido con el fallecido no menos de dos (2) años continuos con anterioridad a su muerte, salvo que haya procreado uno o más hijos con el pensionado fallecido”.

En tal sentido, de las pruebas acreditadas al plenario, en especial el expediente administrativo allegado en medio magnético obrante a folio 66, se aprecia que el fallecido señor *Pablo Silva Mora*, no ostentaba la calidad de pensionado al momento del deceso, de ahí que debió acreditar por lo menos 26 semanas al momento de la muerte.

Ahora bien, una vez confrontada la historia aboral del fallecido visible a folio 26, se aprecia que el mismo efectuó cotizaciones ante el antiguo ISS por el periodo comprendido entre el 7 de enero de 1977 y el mes de septiembre de 1996, último mes en el que falleció, un total de 912.66 semanas; circunstancia por la cual, es palmario que era cotizante activo al sistema pensional y había cotizado como mínimo veintiséis (26) semanas al momento de su muerte, de conformidad con lo establecido en el literal a) del numeral 2 del artículo 46 de la Ley 100 de 1993 en su



versión original, de ahí que se encuentre satisfecho el primer requisito exigido en la norma.

Frente al segundo requisito regulado en el literal a) del artículo 47 de la referida Ley 100 de 1993, esto es, que la actora en su calidad de cónyuge deba acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante por lo menos desde el momento en que este cumplió con los requisitos para tener derecho a una pensión de vejez invalidez, y hasta su muerte, y haya convivido con el fallecido no menos de dos (2) años continuos con anterioridad al deceso, salvo que haya procreado uno o más hijos con el pensionado fallecido, la Sala Laboral de la Corte Suprema Justicia en sentencia SL4776-2020, Radicación No. 75637 de 10 de noviembre de 2020, reiteró el entendimiento de la norma que aquí no ocupa, donde trajo a colación la sentencia con Radicación No. 38640 del 3 de marzo de 2011, indicándose lo siguiente:

“La recurrente manifiesta que no era dable la exigencia del tiempo mínimo de convivencia, pues el mencionado artículo 47 eximía de este requisito a la cónyuge que procreara hijos con el fallecido.

“Para resolver, precisa la Corte que la discusión jurídica planteada por la censora, fue zanjada mediante la sentencia CSJ SL, 3 mar. 2011, rad. 38640, en la que dijo:

*“Esta Sala de la Corte en diversos pronunciamientos ha fijado el correcto entendimiento del literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, en el sentido de que la cónyuge o la compañera permanente, según el caso, tienen que demostrar la convivencia con el fallecido, no menos de 2 años continuos con anterioridad a su muerte, **“salvo que haya procreado uno o más hijos”, durante ese preciso lapso; quiere ello decir que no es necesario demostrar la convivencia, si dentro de los 2 años anteriores al fallecimiento se procrearon hijos, incluido el póstumo, pero en manera alguna, los nacidos en cualquier época.** En sentencia de 10 de marzo de 2006 Rad. 26710 se precisó:*

“Afirma el impugnante que también incurrió el Juzgador Ad quem en un yerro de interpretación, cuando estimó que el cumplimiento del requisito de la convivencia de no menos dos años continuos con anterioridad a la muerte, no era exigible para el cónyuge o la compañera o compañero permanente del pensionado fallecido que aspira a beneficiarse de la pensión de sobrevivientes, en todos los eventos en que se ha procreado uno o más hijos comunes.

“Para el censor la descendencia tiene esos efectos, pero siempre y cuando se trate de un hijo habido dentro del lapso de los 2 años anteriores al fallecimiento del pensionado a que se refiere la disposición, o con posterioridad a ese hecho en los casos del hijo póstumo.

“Comparte la Sala la inteligencia que la censura da a la referida norma en el aspecto tratado, pues se ha de precisar que la ley no solamente exige que el grupo familiar exista al momento de la muerte, sino que éste haya tenido alguna permanencia o estabilidad en el periodo último de la vida del pensionado fallecido. Es esa la razón por la cual se exigen mínimo dos años continuos de convivencia con anterioridad a la muerte del pensionado, y por lo tanto no podría admitirse que la procreación de un hijo en cualquier tiempo,



tuviera la virtualidad de reemplazar o equivaler al tiempo de convivencia. No es indicativa de la mencionada permanencia o estabilidad, la circunstancia de que el hijo se haya procreado diez, veinte o treinta años atrás”.

“Por lo anterior, resulta irrelevante el planteamiento de la censura quien aspira a demostrar que la cónyuge no necesitaba probar la convivencia con el pensionado, porque dentro del matrimonio Blandón Cardona, se procrearon 5 hijos, todos mayores de edad a la fecha del deceso del titular de la pensión. Así las cosas, si bien el ad quem no examinó los registros civiles de nacimiento señalados por el recurrente como inapreciados, no era necesario hacerlo, de conformidad con lo precisado; en esas condiciones, el Tribunal tampoco incurrió en los errores de hecho que con carácter de evidentes se le enrostran. (Destaca y subraya la Sala).

“Siguiendo esa línea jurisprudencial, fuerza significar que, allende del nacimiento de unos hijos en una relación de pareja, es imperativo –para deslindarse de la demostración de la convivencia en los dos años anteriores al fallecimiento del de cuius, tratándose de la Ley 100 original–, que ese suceso, ocurra, precisamente, en dicho interregno, de lo contrario, como quedó expuesto en el precedente transcrito, «resulta irrelevante el planteamiento de la censura quien aspira a demostrar que la cónyuge no necesita probar la convivencia con el pensionado, porque dentro del matrimonio Blandón Cardona, se procrearon 5 hijos [...] todos mayores de edad a la fecha del deceso del titular de la pensión».

Significa lo anterior, que a no ser que del vínculo como pareja se hayan procreado uno o más hijos dentro de los dos (2) años anteriores al fallecimiento del causante, es obligación de la persona que persigue la prestación, acreditar la convivencia con el fallecido como mínimo dos (2) años anteriores a su deceso.

Al respecto, precisa la Sala que, si bien la actora y el causante procrearon dos hijos de nombres *Flor Ángela Silva Sepúlveda* y *Gerardo Silva Sepúlveda*, no fueron concebidos dentro de los dos (2) años anteriores al deceso del causante, pues como se acredita con los Registros Civiles de Nacimiento (Fls. 18 y 19), nacieron el 20 de diciembre de 1976 y 13 de junio de 1977 respectivamente, falleciendo el causante el día 14 de septiembre de 1996; circunstancia por la cual, se procede a realizar el estudio de la convivencia de la actora y el fallecido dentro de los dos (2) años anteriores a la muerte.

En el transcurrir del trámite procesal, se recepcionó el interrogatorio de parte de la demandante señora *Arcelina Sepúlveda Velandia*, quien refirió que su estado civil en la actualidad es soltera, aunado a que es vendedora. Expuso que el causante era su cónyuge al contraer nupcias desde el año de 1975, permaneciendo juntos todo el tiempo, e incluso se hizo cargo de las exequias del causante.

Adujo que existió una separación de cuerpos, pero que igualmente siguieron conviviendo en el mismo techo, así como que el causante a parte de ella nunca tuvo



otra pareja ni hijos. Refirió que la casa donde convivió con el causante está ubicada en la Carrera 5 T No. 48 R 18, Barrio Callejón de Santa Bárbara de la ciudad de Bogotá, resaltando que el causante en ocasiones visitaba a su madre, sin haber modificado su domicilio.

Que el causante se desempeñaba como vigilante, así como que tuvieron dos hijos de nombres *Flor Ángela Silva Sepúlveda* y *Gerardo Silva Sepúlveda*, último quien falleció en un accidente en el año de 1990. Asentó que la demandada *Colpensiones* le reconoció una indemnización a su hija *Flor Ángela Silva Sepúlveda* en la suma de \$2.600.000.

Que mantuvo una relación con el señor *Alfredo Cuevas* desde el año de 1990 o 1991, la que perduró aproximadamente cuatro o cinco años, y al mismo tiempo convivía con el causante, sin que este último tuviera conocimiento de su relación extramatrimonial.

Que *Emily Johana Cuevas Sepúlveda* es hija suya y el padre es el señor *Alfredo Cuevas*, hija de la cual el causante no tuvo conocimiento de su existencia, quien nació en el mes de julio de 1991, exponiendo a su vez convive con ella en la Transversal 12 H No. 45 F 29 de esta ciudad, lugar donde expuso que en ocasiones residía y posteriormente retornaba a la casa en donde convivía con el causante.

Expuso que tenía dos hogares, tanto con el causante como con el señor *Alfredo Cuevas*, y que fue a lo último de vida del causante que este se enteró de la existencia de su hija *Emily Johana Cuevas*.

Que aparte de *Emily Johana Cuevas*, tiene otra hija con el señor *Alfredo Cuevas* de nombre *Laura Cuevas* quien en la actualidad tiene veinte años puesto que nació el 14 de febrero de 2000, indicando además que cuando falleció el causante ella tenía vigente una relación con el señor *Alfredo Cuevas*, la cual culminó con posterioridad.

Indicó que igualmente compartía como pareja con el causante y era una relación estable, y que con posterioridad al deceso del señor *Pablo Silva Mora* convivió con el señor *Alfredo Cuevas*.

Que el causante la vio embarazada de *Emily Johana Cuevas*, pensando que la niña era de él, y cuando nació, igualmente siguieron la relación como pareja con el causante.



Que convivía con el causante y con su hija *Flor Ángela Silva Sepúlveda* en el mismo cuarto, en tanto en la casa de habitación solo existía una habitación. Mencionó que el señor *Rodríguez Murcia* conocía al causante y a ella como pareja por muchos años, puesto que vivía cerca de la casa donde habitaban y que por demás era muy amigo del causante, sin que este conociera al señor *Alfredo Cuevas*.

El testigo *Jaime Rodríguez Murcia* quien es contador público, refirió que conoce a la demandante hace más de treinta años por motivos de vecindad en el Barrio Callejón Santa Bárbara, sin describir la dirección exacta, indicando que vivió desde el año de 1986 hasta hace cinco años aproximadamente.

Que el cónyuge de la demandante se llamaba *Pablo Silva*, quienes vivían como pareja en el Barrio Callejón Santa Bárbara, al igual que el causante falleció en 1996. Desconoce si el causante tuvo otra relación sentimental a parte a la que ostentaba con la demandante, y que como pareja tuvieron una hija de nombre *Flor Ángela* y un hijo de nombre *Gerardo*, que falleció.

Expuso no tener conocimiento de que la demandante tuviese otra relación amorosa, que no conoció que la accionante tuviese otros hijos; refiere que la actora siempre permanecía con el causante y nunca supo del señor *Alfredo Cuevas* ni de la hija de nombre *Emily Cuevas*. Que vivía aproximadamente a tres cuerdas de la casa de la pareja viéndolos a diario, casa que se componía de tres habitaciones, sala y comedor, sin recordar el color de la vivienda, aunado a que, como pareja, el causante y la actora compartían en la misma habitación.

El señor *Iván Lozano Hernández*, expuso que es bachiller técnico, conociendo a la demandante desde el año 1985 aproximadamente, porque él como testigo trabajó en el Banco de Colombia y allí fue donde conoció a la pareja porque la actora solicitó un préstamo. Que frecuentaba a la pareja aproximadamente cada seis meses, y veía a la actora porque ella montó una microempresa de artículos de aseo en los años noventa en el sector Quiroga. Que se ausentaron un tiempo y después de los años se volvieron a encontrar.

Resaltó que el causante era vigilante, y que directamente no conoció la casa de la pareja, pero conoce que quedaba ubicada en el Barrio Marruecos. Que estuvo en la calamidad que le ocurrió a la pareja por el fallecimiento de su hijo *Gerardo* ocurrido en 1990.



Que con posterioridad al fallecimiento del causante que lo fue en el año de 1996, la demandante tuvo dos hijas de nombres *Emily* y *Laura* quienes tienen la edad de 22 y 23 años respectivamente, precisando que la pareja siempre vivió en el mismo techo, sin que tenga conocimiento si en algún momento se separaron.

Que entre el año de 1990 y 1996 vio al causante cuatro o cinco veces aproximadamente, y dijo no tener conocimiento si la relación sentimental que tuvo la actora con el padre de *Emily* y *Laura* se dio con anterioridad al deceso del causante.

Del interrogatorio de parte surtido por la demandante, así como lo testimonios de los señores *Jaime Rodríguez Murcia* e *Iván Lozano Hernández*, la Sala puede colegir que dentro del presente asunto no sea acreditó el requisito de convivencia durante los dos (2) años anteriores al deceso del causante.

En primer lugar, nótese que la declaración surtida por la misma demandante sufrió de notorias incongruencias, como quiera que en primera oportunidad la señora *Arcelina Sepúlveda Velandia* refirió que siempre tuvo una relación constante como pareja, pero posteriormente mencionó que en algún momento tuvo con el fallecido una separación de cuerpos.

Asimismo, refirió que tuvo una relación extramatrimonial con el señor *Alfredo Cuevas* desde el año de 1990 y que de dicha unión nació inicialmente una hija de nombre *Emily Johana Cuevas Sepúlveda*, hija respecto de la cual el causante nunca tuvo conocimiento, pero más adelante su relato se contradijo, en tanto adujo que el señor *Pablo Silva Mora* conoció que estaba embarazada, pero que a pesar de ello continuaron su relación como pareja.

Otro tópico que genera duda para la Sala, es el hecho que la demandante inicialmente expuso que la relación extramatrimonial con el señor *Alfredo Cuevas* tan solo duró un promedio de cuatro o cinco años, y con posterioridad adujo que la relación con dicho señor perduró en el tiempo, incluso hasta la fecha del deceso del causante, tanto así que refirió que después de la muerte del señor *Pablo Silva Mora*, convivió con el señor *Alfredo Cuevas*, procreando una segunda hija en el año 2000 de nombre *Laura Cuevas*, así como que tenía dos hogares simultáneos, de ahí que no exista un motivo de certeza de la convivencia de la actora con el causante durante los últimos dos (2) anteriores al deceso, en razón de la incongruencia de sus dichos.



Por otra parte, los testimonios de los señores *Jaime Rodríguez Murcia* e *Iván Lozano Hernández* no advirtieron de la convivencia exigida en la norma, toda vez que el primero refirió que era vecino de la actora y el causante, pero no tenía conocimiento de la relación que esta tuvo con el señor *Alfredo Cuevas* ni de la existencia de su hija de nombre *Emily Johana Cuevas Sepúlveda*, seguidamente indicó que la casa de la pareja se componía de tres alcobas y que en dos de ellas dormían sus hijos *Flor Ángela Silva Sepúlveda* y *Gerardo Silva Sepúlveda* y en la otra dormía la pareja, aspecto contrario a lo relatado por la demandante quien indicó que la vivienda tan solo tenía una habitación, aspectos por lo que se puede colegir que el testigo no tenía un conocimiento directo de la convivencia que persigue la señora *Arcelina Sepúlveda Velandia*.

Misma situación sucede con lo expuesto por el testigo *Iván Lozano Hernández*, ya que en su declaración resaltó que si bien conoció a la pareja a la actora y al causante en el año de 1985 cuando le gestionó a la pareja un crédito financiero, más allá de conocerlos no tuvo un trato directo con la convivencia pretendida por la actora, como quiera que refirió que entre el año 1990 y 1996, tan solo frecuentó al causante cuatro o cinco veces aproximadamente, por lo que no puede entenderse que hubiese tenido un conocimiento certero de la convivencia, máxime si nunca conoció la casa de la pareja.

Otro aspecto a resaltar es que la actora expuso en su interrogatorio de parte que la muerte del causante sucedió en la casa de la madre, y los testigos *Jaime Rodríguez Murcia* e *Iván Lozano Hernández* mencionaron que su muerte sucedió en su vivienda, situación de la que también se advierten contradicciones.

De otra parte, se aprecia del expediente administrativo allegado por *Colpensiones* en medio magnético, que se efectuó un informe de investigación por parte de la entidad en el mes de marzo de 2014, que no fue refutado de falso dentro del trámite procesal, en el que se advirtió que en dicha investigación rindió testimonio el señor *Silvino Robayo Sepúlveda*, sobrino de la actora, quien allí declaró que su tía estaba separada del causante al momento de su fallecimiento, y que su cónyuge era el señor *Alfredo Cuevas*, al igual que hacía aproximadamente tres (3) años la actora estaba separada del causante, lo cual también denota contradicción con lo referido por la propia demandante y los testigos.

Por las razones anotadas, es por lo que a juicio del a Sala, la actora no logró acreditar el requisito de la convivencia con el causante durante los dos (2) años anteriores a



su fallecimiento; circunstancia por la cual, la absolución decidida en primer grado habrá de confirmarse.

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

V. DECISIÓN

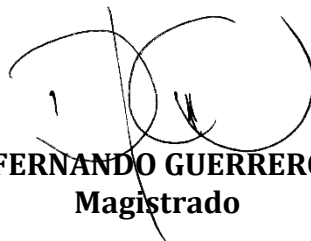
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

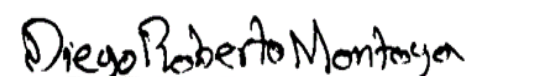
PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 23 de septiembre de 2020 por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

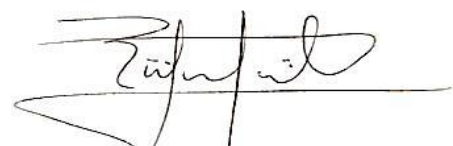
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



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 **09 2019 00424 01**
Demandante: YOLANDA INÉS VILLAMIL MORENO
Demandado: COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por *Colpensiones*, en contra de la sentencia proferida el 2 de octubre de 2020 por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Yolanda Inés Villamil Moreno*, formuló demanda ordinaria en contra de *Colpensiones* y *Colfondos S.A.*, con la finalidad que se declare la ineficacia del traslado que efectuara del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado en su caso por *Colpensiones*, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de *Colfondos S.A.*

En tal sentido, se le ordene a *Colfondos S.A.*, trasladarla junto con el saldo de su cuenta de ahorro individual y sus rendimientos al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y a su vez, se le ordene a *Colpensiones* recibirla en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, manteniéndola como afiliada desde el mes de septiembre de 1982.

Como pretensiones subsidiarias, solicitó la declaratoria de la nulidad, ordenándole a *Colfondos S.A.*, trasladarla junto con el saldo de su cuenta individual y



rendimientos, para que *Colpensiones* la reciba y la mantenga como afiliada en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde el mes de septiembre de 1982.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, mencionó que nació el 24 de enero de 1964, afiliándose en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde el mes de septiembre de 1982, y trasladándose al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de *Colfondos S.A.* el 16 de octubre de 1996.

Que su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, lo efectuó por habersele inducido al error por el representante legal de *Colfondos S.A.*, puesto que nunca se le informó cuál sería el capital necesario para que pudiera ser beneficiaria de la pensión de vejez, cuáles serían los requisitos que debía cumplir para obtener la garantía de la pensión mínima si no reunía el capital necesario para ser beneficiaria de la pensión de vejez, jamás se le dio a conocer las condiciones que debía reunir para obtener la devolución de saldos, si el capital que había cotizado no era suficiente para que obtuviera la pensión de vejez.

Resaltó que nunca se le manifestó la existencia de desmejora en la tasa de reemplazo pensional al trasladarse del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no se le suministró de manera clara y precisa, información sobre el cálculo actuarial de la posible pensión que le reconociera *Colfondos S.A.*, cuáles eran las características de las modalidades de pensión que existen, entre otros aspectos.

Por último, adujo que elevó petición a las encartadas solicitando el traslado de régimen pensional, las cuales negaron lo de su cargo.

1.2 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colfondos S.A., expuso en su contestación que la demandante efectuó el traslado antes sus dependencias de manera libre y voluntaria el día 16 de octubre de 1996, sin ningún tipo de presión, pues la información dada por los agentes fue suficiente, completa y veraz.



Que igualmente, se le informó que el valor real de la pensión sería determinado una vez se cumplieran los requisitos para acceder a la pensión, y una vez la misma fuera solicitada.

Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, 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.

Colpensiones por su parte, destacó que la demandante pretende la nulidad de su traslado, estando inmersa en la causal de prohibición contenida en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003.

Formuló las excepciones de 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 de la obligación, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 constitucional adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005, hecho de un tercero, calidades del demandante para conocer las consecuencias de su traslado, e innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Noveno Laboral de Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 2 de octubre de 2020, declaró la ineficacia del traslado del régimen que raizara la demandante ante el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 16 de octubre de 1996, por lo que ordenó a *Colfondos S.A.* trasladar la totalidad de los portes junto con los rendimientos y los gastos de administración a *Colpensiones*, ordenando a su vez a esta última, reactivar su a filiación y recibir los conceptos que le fueran trasladados.

Para arribar a dicha conclusión, indicó que, atendiendo los parámetros legales jurisprudenciales emanados por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es obligación de las AFP brindar al momento de la afiliación una asesoría eficiente y transparente que le permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles del mercado para así definir la que mejor se ajustara a sus intereses, situación que dentro del presente asunto no se logró demostrar por parte de *Colfondos S.A.*



III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Colpensiones inconforme con la decisión la apeló. Adujo que el traslado de la actora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se efectuó de manera libre y voluntaria, prueba de ello son las cotizaciones que se efectuaron en el último régimen enunciado por más de veinte años.

Que al no ser la demandante beneficiaria del régimen de transición, conforme a los lineamientos de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es la parte actora quien debe demostrar que se presentó una información equívoca al momento del traslado, situación que no logró probar, sumado a que, al momento en que se efectivizó el traslado, no existía ningún requisito legal que obligara dejar una documentación sobre la información que suministraron en su entonces los asesores de *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:

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 éste.



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 16 de octubre de 1996 a la AFP *Colfondos S.A.* (Fls. 52), 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”.

Por otra parte, en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que se le haya suministrado la información, de lo que se colige que atendiendo la exposición de la *a-quo*, no se puede obtener una afirmación de que a la actora se le hubiesen suministrado las condiciones necesarias entre uno y otro régimen, como tampoco las ventajas y desventajas de los mismos.

Ahora bien, 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.

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, 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»”.

Es así, que 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 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.

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:

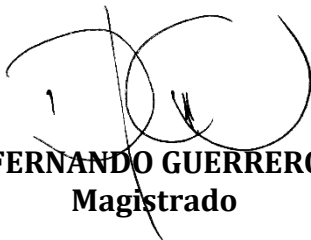
PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 2 de octubre de 2020 por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, en el entendido de declarar ineficaz la afiliación de la actora en el



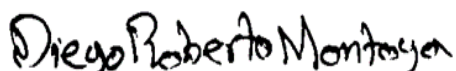
Régimen de Ahorro Individual con Solidad, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

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 29 2019 00435 01
Demandante: EDGAR HERNÁNDEZ PÉREZ GIL
Demandado: PROTECCIÓN S.A., CATALINA DEL MAR PÉREZ PATIÑO,
 ÁNGELA CAMILA PÉREZ PATIÑO y EDGAR ALFREDO
 PÉREZ PATIÑO
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 24 de julio 2020 por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *Edgar Hernando Pérez Gil*, formuló demanda ordinaria laboral en contra de *Protección S.A.*, con la finalidad que se declare en su condición de cónyuge supérstite de la causante *Ángela Patiño Barrera*, que es beneficiario de la pensión de sobrevivientes.

Por tal razón, se condene a la encartada a pagar y liquidar la pensión vitalicia de sobrevivientes desde el 24 de octubre de 2007, fecha del fallecimiento de la causante, junto con las correspondientes mesadas adicionales, indexación, lo que resulte probado *ultra y extra petita*, y las costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, mencionó que su cónyuge, señora *Ángela Patiño Barrera*, falleció el 24 de octubre de 2007, contrayendo matrimonio civil el



13 de octubre de 1982, el cual se mantuvo vigente hasta su deceso, existiendo una convivencia de forma continua y permanente.

Que a la causante le fue reconocida la pensión de invalidez desde el 16 de febrero de 1998, por lo que los hijos solicitaron la pensión de sobrevivientes, pero al parecer lo que se efectuó fue la devolución del ahorro por no existir beneficiarios de la prestación.

Relató que luego de solicitar la pensión de sobrevivientes, mediante decisión del 27 de abril de 2008 AIG Vida Colombia Seguros de Vida, en condición de aseguradora, con la cual para su entonces la ING tenía contratado el seguro previsional, negó el derecho por considerarse que no se cumplía con los requisitos legales preceptuados en la ley, más exactamente el requisito de la convivencia.

Expuso que, como pareja de la causante, durante los últimos cinco años anteriores a su fallecimiento, hizo vida en común con la fallecida, cuidando de ella y ayudándole durante la enfermedad de cáncer padecida. Por último, indicó que la causante en sus últimos años de vida estuvo viviendo en la ciudad de Bogotá y él laboraba en Sogamoso, aun así, nunca se suspendió la relación de pareja.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Protección S.A. contestó la demanda con oposición de las pretensiones formuladas en su contra, indicando que la prestación pretendida por el actor fue negada como quiera que, de acuerdo con las investigaciones realizadas por la aseguradora AIG Colombia Seguros de Vida con la cual ING – hoy *Protección S.A.* tenía contratado el seguro previsional, se identificó que para la fecha del fallecimiento de la causante, el actor no se encontraba conviviendo con ella, y prueba de dicha situación es la certificación expedida por el entonces ISS, donde se evidencia que tenía como beneficiaria de la afiliación en salud a la señora *Aura Elena Caicedo Estupiñán* en calidad de cónyuge o compañera permanente desde 1995, y a varios menores como hijos, desde 2006 y 2008, quienes no son hijos de la causante.

Formuló las excepciones de inexistencia de obligación por ausencia de los presupuestos y requisitos legales para tener derecho al reconocimiento y pago de la sustitución pensional, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe y compensación.

A los integrados en calidad de litisconsortes necesarios *Catalina Del Mar Pérez Patiño, Ángela Camila Pérez Patiño y Edgar Alfredo Pérez Patiño*, mediante proveído



del 7 de noviembre de 2019 se les tuvo por no contestada la demanda por no allegar escrito alguno (Fl. 144).

La llamada en garantía por parte de *Protección S.A.*, esto es, *Metlife Colombia Seguros de Vida S.A.* en su condición de aseguradora, adujo que el demandante no cumple los requisitos para acceder pensión de sobrevivientes de la que es titular la fallecida señora *Ángela Patiño Barrera*, es decir, haber convivido con la pensionada al menos durante cinco años anteriores a su fallecimiento, aunado a que la suma adicional pagada a la causante cuando se pensionó por invalidez es suficiente para eventualmente, continuar pagando la pensión al actor.

Propuso las excepciones denominadas incumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión pretendida, cobro de lo no debido, pago, suficiencia de la suma adicional pagada y prescripción.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 24 de julio de 2020, absolvió a *Protección S.A.* y a *Metlife Colombia Seguros de Vida S.A.*, de las pretensiones formuladas en su contra.

Para arribar a dicha conclusión, indicó en primer lugar que no es objeto de reproche la condición de cónyuge del actor con la causante como se corroboró con el Registro Civil de Matrimonio, al igual que la fallecida para la fecha del deceso ostentaba la calidad de pensionada.

Que en lo que respecta con los requisitos establecidos en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en reciente jurisprudencia en lo que concierne al tema de la convivencia, ha indicado que esta se predica únicamente cuando el causante es pensionado como sucede dentro del presente asunto, así como que los cinco (5) años de la convivencia se pueden demostrar en cualquier tiempo.

Concluyó que, de conformidad con el caudal probatorio dentro del presente asunto, la convivencia de los cinco (5) años no logró ser demostrada, de ahí que haya absuelto tanto a *Protección S.A.* como a la llamada en garantía.

III. RECURSO DE APELACIÓN:



La parte demandante inconforme con la decisión la apeló. Resaltó que con la causante hasta la fecha del fallecimiento se mantuvo un vínculo matrimonial vigente y no existió una disolución de la sociedad conyugal, sumado a que de la prueba testimonial se demostró el requisito de la convivencia.

Que además de los requisitos señalados en la norma, la misma no exige la fidelidad, de ahí que la relación extramatrimonial en nada influya para la obtención de la pensión de sobrevivientes, aunado a que quedó debidamente demostrado que él se radicó en Sogamoso por cuestiones netamente laborales, no obstante, viajaba a la ciudad de Bogotá y socorrió a la causante en su enfermedad.

Que si bien es cierto se allegó al plenario un informe rendido por la aseguradora *Metlife Colombia Seguros de Vida S.A.*, el mismo hace mención que existen unas certificaciones del entonces ISS en las que aparece afiliando a otras personas diferentes al núcleo familiar formado con la causante, sin que obre ninguna certificación que soporte dicho informe investigativo, por lo que se puede entender como apócrifo.

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 el aquí demandante en su condición de cónyuge, le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la sustitución pensional.

De prosperar el anterior problema jurídico, la Sala auscultara desde qué fecha debe disfrutar la prestación el actor, si es procedente el reconocimiento y pago de la indexación, así como el tipo de responsabilidad frente a la prestación respecto de la llamada en garantía aseguradora *Metlife Colombia Seguros de Vida S.A.*

c. Del caso en concreto:



Sea lo primero indicar, que no fue objeto de reproche que a la señora *Ángela Patiño Barrera* la antigua AFP Pensiones y Cesantías Santander – hoy *Protección S.A.*, le reconoció una pensión de invalidez desde el 16 de febrero de 1998 en cuantía inicial de \$332.000, y con 14 mesadas pensionales al año, como da cuenta la documental visible a folio 89 del expediente

De la misma manera, dentro del plenario obra copia del Registro Civil de Matrimonio que da fe que el actor y la causante, contrajeron matrimonio por el rito católico el 13 de octubre de 1982 (Fl. 3),

Así las cosas, procede la Sala a resolver el derecho pensional deprecado por el demandante. Ahora bien, a folio 4, obra copia del Registro Civil de Defunción de la señora *Ángela Patiño Barrera*, que denota que su deceso sucedió el 24 octubre de 2007, 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 los artículos 12 y 13 de la Ley 100 de 1993.

Dicha normativa regula, que son beneficiarios de la pensión los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca, teniéndose entre estos, en forma vitalicia, a la cónyuge o compañera permanente, siempre y cuando dicho beneficiario a la fecha del fallecimiento tenga treinta (30) años o más de edad, y se acredite que hizo vida marital con el causante y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte.

Al respecto, de entrada se advierte que según se acredita con la copia de la cédula de ciudadanía (Fl. 39), el actor nació el 4 de febrero de 1960, por lo que para la fecha del fallecimiento de la causante, tenía 47 años de edad, de ahí que ostente la edad suficiente reseñada en la norma para que pueda acceder a la pensión de forma vitalicia.

De igual manera, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1399-2018, Radicación No. 45779 del 25 de abril de 2018, señaló:

“Según la disposición reproducida la convivencia por un lapso no inferior a 5 años es transversal y condicionante del surgimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes, tanto en beneficio de los (las) compañeros (as) permanentes como de los cónyuges (SL4925-2015). Por convivencia ha entendido la Corte que es aquella «comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia



solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva- durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado» (CSJ SL, 2 mar. 1999, rad. 11245 y CSJ SL, 14 jun. 2011, rad. 31605).

Así, la convivencia real y efectiva entraña una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, soporte en los pesos de la vida, apoyo espiritual y físico, y camino hacia un destino común. Lo anterior, excluye los encuentros pasajeros, casuales o esporádicos, e incluso las relaciones que, a pesar de ser prolongadas, no engendren las condiciones necesarias de una comunidad de vida”.

En sentencia SL3938-2020, Radicación No. 71764 del 14 de octubre de 2020, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia hizo un análisis sobre la postura que ha venido manteniendo respecto de los cónyuges, enfatizando que estos cuando se separan de hecho, ostentan el derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, siempre que acrediten convivencia por un lapso no inferior a cinco años en cualquier época, al respecto mencionó:

“Fluye de lo plasmado en precedencia que el Tribunal no pudo incurrir en la transgresión normativa que se le endilga, pues a pesar de que la sociedad conyugal que existió entre Blanca Gómez de Méndez y Gustavo Méndez Gómez fue disuelta y liquidada, lo cierto es que la unión conyugal persistió hasta la muerte de este, en la medida en que no medió divorcio que así lo dispusiera.

No escapa a la Sala que, mediante sentencia CC C-515-2019, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad pura y simple de la expresión «con la cual existe la sociedad conyugal vigente», contenida en el inciso final del literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003. En las consideraciones de esa providencia sostuvo que el requisito de existencia del vínculo patrimonial (sociedad conyugal vigente) hasta el fallecimiento del causante es el criterio relevante en el contexto de convivencia no simultánea.

Con todo, tal criterio ubica a la pensión de sobrevivientes, sin más, dentro de los efectos patrimoniales del matrimonio. En cambio, la actual tesis de esta Corporación entiende que el fundamento de la prestación por muerte, en estos casos, es la vigencia de la unión conyugal, precisamente porque la pensión se ubica dentro de los efectos personales del matrimonio.

Ello viene corroborado con el hecho que lo que da lugar a la prestación es la comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, «la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva (...)» (CSJ SL, 2 mar. 1999, rad. 11245, y CSJ SL, 14 jun. 2011, rad. 31605, CSJ SL7299-2015, CSJ SL1399-2018).

Y es que el matrimonio genera unos derechos y obligaciones que no se extinguen con la separación de hecho ni con la disolución de la sociedad conyugal, sino solo con su nulidad, el divorcio, o la muerte de uno de los consortes. Por ejemplo, el deber de socorro y ayuda mutua «en todas las circunstancias de la vida» no desaparece cuando los cónyuges se separan de hecho, como tampoco cuando liquidan la sociedad conyugal, por manera que el matrimonio sigue



produciendo efectos personales, independientemente de las decisiones de los cónyuges acerca de la sociedad patrimonial que se genera con su unión.

De otro lado, la jurisprudencia consolidada y pacífica de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia optimiza el principio de solidaridad, pues no se olvida del rol del cónyuge supérstite que convivió no menos de 5 años con el causante, en la construcción de la prestación que, a la postre, le fue reconocida al trabajador.”

Por lo anterior, procede la Sala a analizar si el aquí demandante, en su calidad de cónyuge, es beneficiario de la prestación deprecada.

La parte demandante, con el escrito de demanda aportó copia del informe que dirigiera la aseguradora AIG Vida con destino a ING Pensiones y Cesantías – hoy *Protección S.A.*, aditada el 27 de abril de 2008, donde se aduce que el demandante no convivía con la causante al momento del fallecimiento según investigación previa realizada, en tanto, según certificación expedida por el antiguo ISS, se pudo advertir que el actor tenía como beneficiarios de la afiliación en salud a la señora *Aura Helena Caicedo Estupiñán* en calidad de cónyuge o compañera permanente desde el 6 de junio de 1995, y a varios menores que no eran hijos de la causante, así como que la fallecida señora *Ángela Patiño*, en el dictamen de invalidez que emitiera la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Boyacá el 13 de junio de 2002, informó sobre su estado civil que era “*Separada*” (Fls. 5 a 7).

Asimismo, obra certificación emitida por la Caja de Compensación Familiar Comfaboy, que da cuenta que la causante estuvo afiliada a dicha caja por el periodo comprendido entre el 20 de agosto de 1996 y el 1 de marzo de 2000 por parte del empleador Instituto de Tránsito y Transporte de Sogamoso, teniendo como beneficiario al aquí demandante en calidad de cónyuge (Fl. 11).

Sumado a lo anterior, se encuentra aportada copia de un segundo informe emitido por Inveajustes Consultores en Seguros de calenda 9 de julio de 2008, en el que sea advierte que mediante certificación emitida por el ISS, se constató que el actor en calidad de afiliado cotizante le figuran como afiliados activos en salud la señora *Aura Elena Caicedo Estupiñán* como cónyuge desde el 6 de junio de 1995, *David Santiago Barrera Chaparro* como hijo desde el 11 de junio de 2008, *Laura Camila Caicedo Estupiñán* en calidad de hija desde el 14 de julio de 2006 y *Daniela Milena Caicedo Estupiñán* en calidad de hija desde el 22 de junio de 2006, y que de acuerdo con investigaciones previas, se auscultó que el demandante reside con la señora *Aura Elena Caicedo Estupiñán* en la Carrera 17 No. 10 – 53 del Municipio de Sogamoso (Fls. 194 a 195).



Por otra parte, en el transcurso del trámite procesal, se recaudó el interrogatorio de parte del representante legal de *Protección S.A.*, quien manifestó que recibió por parte de la aseguradora *Metlife Colombia Seguros de Vida S.A.* un seguro previsional que se suscribió con esta de carácter económico, a efectos de financiar la pensión de la señora *Ángela Patiño Barrera*.

Se recepcionó el interrogatorio de parte del actor, el cual adujo que es profesional con especialización y trabaja en la Secretaría Municipal de Sogamoso, y en la actualidad es casado con la señora *Aura Helena Caicedo Estupiñán* desde aproximadamente cuatro años, quienes como pareja adoptaron un hijo.

Que empezó a convivir con la señora *Aura Helena Caicedo Estupiñán* seis meses posteriores al fallecimiento de su cónyuge *Ángela Patiño Barrera*, quien falleció el 24 de octubre de 2007. Indicó que, para el momento del fallecimiento de la causante, él trabajaba en la Alcaldía Municipal de Sogamoso y que allí labora desde hace aproximadamente 28 años, así como que vivió con la causante en Sogamoso en la calle 9 No. 5-54 un promedio de 22 años, más exactamente desde 1980 hasta el 2004.

Que la causante estuvo trabajando en Circulación y Tránsito de Sogamoso y al mismo tiempo fue Agente de Inteligencia encubierta del Ejército Nacional, y como pareja con la fallecida procrearon tres hijos, dos mujeres y un hombre, sumado a que conoce a *David Santiago Barrera Chaparro* pues fue un niño que le dejaron en custodia a la señora *Aura Helena Caicedo* y que actualmente lo adoptaron como pareja.

Que *Laura Camila Caicedo Estupiñán* y *Daniela Milena Caicedo Estupiñán* son hijas de su actual cónyuge señora *Aura Helena Caicedo Estupiñán*, exponiendo además que no recuerda si las tuvo como beneficiarias en su EPS, recalcando que si lo llegó a hacer fue cuando la madre no estuvo trabajando. Relató que la señora *Aura Helena Caicedo Estupiñán* ha tenido distintos empleos, como lo son Agente de Circulación de Tránsito, fue empleada en el Terminal de Transporte de Sogamoso, empleada del SENA y actualmente es perito en los Juzgados.

Expuso que conoció a la señora *Aura Helena Caicedo Estupiñán* en el año de 1992 o 1994, ya que el hermano de ella fue su jefe en la Alcaldía Municipal, puntualizando que inicialmente tuvo una relación extra matrimonial aproximadamente en el año 2000, y la convivencia como pareja se produjo desde el año 2005, esto es, con



posterioridad a la muerte de la causante. Que tuvo una sola vez a la señora *Aura Helena Caicedo Estupiñán* como afiliada en salud sin recordar la fecha en que lo hizo.

Mencionó que la fallecida se desplazó a la Ciudad de Bogotá cuando se le detectó la enfermedad que lo fue en el año 2003, sin que se hubiese perdido la relación como pareja, pues él la visitaba cada ocho días quedándose con ella los días viernes, sábado y domingo, último día en que se regresaba a Sogamoso pues tenía que laborar. Que cuando la causante se trasladó a la Ciudad de Bogotá, los gastos económicos eran compartidos, ya que la fallecida sufragaba el arriendo y él costeara la alimentación.

Puntualizó que cuando la causante se trasladó a la Ciudad de Bogotá, él se fue a vivir con su madre a la Carrera 17 No. 10-53 de Sogamoso desde el año 2003 hasta el 2008.

Se recaudó el testimonio de la señora *Luz María Tamayo*, quien refirió que es casada y pensionada. Resaltó que conoce al demandante hace 25 años porque laboró con él en el Instituto de Tránsito, y le consta que el demandante convivió como pareja con la causante y que de dicha unión se procrearon tres hijos.

Que visitó a la pareja con frecuencia después que terminaron la relación laboral y asistían a varias reuniones, dejando de presente además que la causante falleció en el mes de octubre del año 2007 como consecuencia de un cáncer que la aquejaba. Expresó no recordar la dirección de la vivienda donde convivía la pareja, pero expuso que el lugar donde habitaban era por los lados del Museo Arqueológico en Sogamoso. Asentó que la pareja convivió en una casa que construyeron al frente de la vivienda de la madre del demandante, y que cuando la causante se trasladó a la ciudad de Bogotá, el actor los fines de semana se trasladaba a dicha ciudad a acompañar a la fallecida, y ella como testigo también la visitaba en Bogotá.

No recuerda la fecha en que la causante se trasladó a la ciudad de Bogotá, pero la aproximó en el año de 2003, manifestando también que no conoce el lugar donde la causante vivía en esta ciudad. Que conoció a los padres del demandante y a un hermano, y que ella como testigo cuando visitaba a la causante en Bogotá, el actor en algún momento le dijo que se iba a vivir con la madre, situación que sucedió en el año 2004.

Que no conoce a la señora *Aura Helena Caicedo Estupiñán*, y que en la actualidad no frecuenta al demandante, pero en ocasiones se encuentran con él en la Alcaldía de



Sogamoso porque este labora allí. Expuso que tiene conocimiento que el demandante después de la muerte de la causante se casó sin saber el nombre de la persona con quien contrajo nupcias.

Dijo no constarle que el actor se hubiese separado con la causante, pues si bien existió un distanciamiento debido a que la fallecida se trasladó a la ciudad de Bogotá y el demandante tuvo que quedarse en Sogamoso, este último igualmente se trasladaba a la capital cada ocho días exclusivamente a visitar a la fallecida. Expuso tener conocimiento que el actor le ayudaba a la causante económicamente, dando fe de ello en virtud a que fue precisamente esta última quien en vida le indicó que los gastos eran compartidos como pareja. Que ella como testigo visitaba a la causante en la ciudad de Bogotá aproximadamente cada tres meses, así como que no conoció que el actor tuviese otra relación amorosa.

El testigo *Omar Morales Barrera*, refirió que es Líder Social en derechos humanos y Veedor Ciudadano a nivel nacional, y que conoce al actor desde que llegó al matrimonio con su prima quien era la causante, es decir, aproximadamente veinte años. Dijo que el demandante y la fallecida procrearon tres hijos.

Que no conoce a la señora *Aura Helena Caicedo Estupiñán*, y tiene entendido que el accionante se casó nuevamente desde hace dos o tres años aproximadamente, pero eso sucedió con posterioridad al deceso de la causante.

Que la causante vivía en Sogamoso en la Calle 9 frente al Museo Arqueológico de Sogamoso, pero por su estado falleció en la ciudad de Bogotá y que en Sogamoso no existían los galenos suficientes que trataran su enfermedad, deceso que sucedió aproximadamente en el año 2007. Indicó que la pareja siempre convivió en la misma casa, y tiene conocimiento que el demandante además de la referida vivienda no vivió en otra diferente.

Insistió que mientras la causante vivió, nunca existió una separación como pareja con el demandante, la única excepción fue que con ocasión de la enfermedad que padeció la fallecida, esta se radicó en Bogotá y el actor por razones laborales tuvo que quedarse en Sogamoso, pero él se desplazaba cada ocho días aproximadamente a encontrarse con la causante.

La testigo *Esther Victoria Chávez Alarcón*, refirió que conoció a la causante porque trabajaba en el Instituto de Tránsito, y ella como testigo ingresó a laborar a la



Alcaldía de Sogamoso en el año de 1996, aclarando que para dicha calenda la señora *Ángela Patiño Barrera* era casada con el aquí demandante.

Que no visitó el hogar de la pareja, y que procrearon dos hijos. Igualmente relató que conoce a la señora *Aura Helena Caicedo Estupiñán* ya que en alguna época trabajó en tránsito, así como que fue enfática en decir que el actor en la actualidad tiene una relación de pareja con la señora *Caicedo Estupiñán*, sin constarle si la misma estaba vigente con anterioridad a la fecha del fallecimiento de la causante.

Refirió que la causante falleció en Bogotá en el año de 2007, afirmando que el domicilio habitual de la causante era en la ciudad de Sogamoso, resaltando que siempre la causante y el actor fueron pareja, inclusive hasta la fecha del fallecimiento, y tiene entendido que el actor viajaba a Bogotá por la enfermedad que padecía la señora *Ángela Patiño Barrera*, pero sin tener conocimiento si en algún momento se radicó en Bogotá.

Que para el momento del fallecimiento de la causante, el actor vivía en la casa de la madre ubicada en Calle 17 con 11 de Sogamoso, sin tener conocimiento por qué vivía allí, y sin saber si existió algún tipo de separación entre la pareja.

De las pruebas tanto documentales como testimoniales e interrogatorios de parte, puede colegir esta Colegiatura que el actor no es merecedor de la prestación deprecada, pues no acreditó el requisito de los cinco años de convivencia en cualquier tiempo.

Lo anterior, en virtud a que como lo argumentó la falladora de instancia, los informes emanados tanto por AIG Vida con destino a ING Pensiones y Cesantías – hoy *Protección S.A.*, adiada el 27 de abril de 2008, como por Inveajustes Consultores en Seguros de calenda 9 de julio de 2008, no fueron refutados en el transcurrir del trámite procesal, ni tachados de falsos, por lo que atendiendo el libre convencimiento de la prueba regulado en el artículo 61 del C.P.T. y de la S.S., la Sala les asigna credibilidad probatoria, en especial, lo que gira en torno a que el actor afilió al sistema de seguridad social en salud, en calidad de cónyuge a la señora *Aura Helena Caicedo Estupiñán* desde el 6 de junio de 1995.

También debe tenerse en cuenta que el actor en el interrogatorio de parte practicado, como lo sostuvo la *a-quo*, inicialmente manifestó no recordar la fecha en que afilió como cónyuge a la señora *Aura Helena Caicedo Estupiñán*, y con posterioridad expresó que tuvo inicialmente una relación extramatrimonial en el



año 2000, situación que se contraría con el informe Inveajustes Consultores en Seguros ya enunciado, que se itera, no fue refutado de falso por el actor, de ahí que se pueda colegir que existió una inconsistencia en el relato del señor *Edgar Hernando Pérez Gil* con la realidad procesal, y que por demás no acredita la convivencia de los cinco años en cualquier tiempo pues se presentó una inconsistencia con las fechas descritas.

Se deja de presente que el hecho que se haya presentado una presunta convivencia simultánea no es óbice para que no se acrediten los requisitos de convivencia, pero en razón a las inconsistencias relatadas por el actor, tal requisito a juicio de la Sala no se logró probar.

De otra parte, nótese que la declaración de la señora *Luz María Tamayo* no fue clara en indicar el lugar donde la causante residía en la ciudad de Bogotá, pues manifestó no saber ni siquiera el barrio donde la fallecida se asentó a pesar de que adujo que la visitaba con frecuencia, aspecto que esta Sala toma como incongruente, pues no resulta de asidero que, si ocasiones la frecuentaba, no sepa el lugar exacto donde habitaba.

Al unísono, la declaración de la señora *Esther Victoria Chávez Alarcón* puede entenderse como un testigo de oídas, toda vez que relató que la presunta convivencia entre el actor y la causante la conoce por cuanto visitó su hogar una o dos veces aproximadamente, pero sin indicar las fechas precisas, sumado al hecho que desconoce si en efecto la actora residió como consecuencia de su enfermedad en la Ciudad de Bogotá, y que incluso, desconoce si la pareja en algún momento se separó, de lo que se puede concluir que los relatos de la convivencia que aquí se pretende por el causante, la testigo no tenga un conocimiento directo.

El testimonio del señor *Omar Morales Barrera*, primo de la causante, también goza de incongruencia frente al relato del demandante, pues el testigo adujo que el actor siempre vivió en la misma casa ubicada en Sogamoso donde existió la presunta convivencia con la fallecida, pero el señor *Edgar Hernando Pérez Gil* refirió en su interrogatorio de parte que cuando la causante se trasladó a la Ciudad de Bogotá se fue a vivir a donde su madre; circunstancia por la cual, no se le puede asignar credibilidad plena.

Ahora, si en gracia de discusión se efectuara un análisis de convivencia por el periodo comprendido entre el 13 de octubre de 1982, fecha en que el actor y la causante contrajeron nupcias, y el 6 de junio de 1995, data en la que el demandante



afilió a la señora *Aura Helena Caicedo Estupiñán* como cónyuge al sistema de seguridad social en pensiones, de dicho interregno no se acredita prueba alguna que advierta la convivencia de los cinco años, aspectos todos por los que puede concluir la Sala que la absolución del derecho prestacional decidido en primer grado habrá de confirmarse.

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

V. DECISIÓN

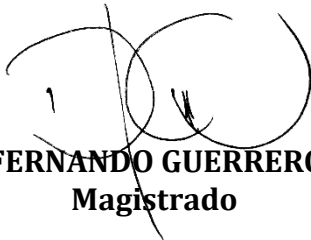
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

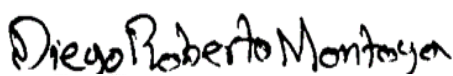
PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 24 de julio de 2020 por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

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 28 2019 00583 01
Demandante: JOSÉ IGNACIO CAMPOS NARANJO
Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021).

AUTO

Atendiendo al poder allegado por *Colpensiones*, se le reconoce personería adjetiva para actuar en su representación a la profesional del derecho *Alida del Pilar Mateus Cifuentes* identificada con C.C No 37.627.008 y T.P No 221.288 del C.S.J.

SENTENCIA:

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por *Colpensiones*, así como el grado jurisdiccional de consulta en beneficio de dicha entidad, respecto de la sentencia proferida el 9 de julio de 2020 por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *José Ignacio Campos Naranjo* interpuso demanda ordinaria laboral en contra de *Colpensiones y Porvenir S.A* efectos de que se declare la nulidad del traslado de régimen que realizó el día 14 de junio del 2001, por la indebida y nula información que suministró el fondo privado; en consecuencia se ordene a *Colpensiones* a realizar todas las gestiones administrativas pertinentes



encaminadas a anular el traslado del régimen efectuado el 14 de junio del 2001, se ordene a *Porvenir S.A* a trasladar a *Colpensiones* la totalidad de los dineros que se encuentran depositados en la cuenta de ahorro individual del demandante y a recibirlo, procediendo a corregir la historia laboral, al pago de las costas procesales y lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones expuso en síntesis que nació el 18 de octubre de 1961 y se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, desde el 13 de junio de 1985, precisando que, en el año 2001 mientras laboraba para la Universidad Nacional Abierta y a Distancia, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Destaca que el traslado a la AFP atendió a que los asesores le informaron que el ISS se iba a liquidar, sin que el mismo estuviera precedido de la ilustración suficiente para tomar una decisión libre y consentida, faltando a su deber del buen consejo.

Por lo anterior, el 1º de octubre del 2018 elevó derecho de petición ante *Colpensiones* solicitando la nulidad del traslado de régimen efectuada el 14 de junio del 2001, sin que a la fecha haya obtenido respuesta alguna.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Porvenir S.A operó la *litis contestatio*, en la que se opuso a las pretensiones aduciendo que el traslado de régimen del demandante no se realizó en contravía de ninguna disposición legal, por el contrario, se cumplió con todos los lineamientos del ordenamiento jurídico.

Propuso y sustentó como excepciones de mérito las que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción de las obligaciones de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la genérica.



Por su parte, *Colpensiones* se opuso a la prosperidad de las pretensiones habida consideración que además de ser inapropiadas y desacertadas, el origen de la acción no es la falta de información, sino la inconformidad frente al monto de la mesada pensional.

Formuló como medios exceptivos los que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, en providencia del 9 de julio del 2020 declaró la nulidad del traslado de régimen efectuada por el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 14 de junio del 2001, en consecuencia se declara como afiliación válida la del Régimen de Prima Media con Prestación Definida; condenó a la *APF PORVENIR S.A* a trasladar los aportes, cotizaciones y bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, contenidos en la cuenta de ahorro individual a *Colpensiones*, condenó a *Colpensiones* a activar la afiliación del demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y declaró no probadas las excepciones propuestas por la demandada.

Como sustento de su decisión manifestó que la Corte Suprema de Justicia en reiterados pronunciamientos ha precisado que es obligación de las AFP, acreditar que brindaron a los afiliados la información correspondiente sobre las consecuencias del traslado y las diferencias existentes entre ambos regímenes a efectos de que pueda determinar la que más le conviene e incluso, desincentivar el traslado de no convenirle al afiliado.

Que en el plenario no existe prueba que acredite que se le haya suministrado la información pertinente sobre las ventajas y desventajas del traslado, precisando que si bien obra el formulario de afiliación, este no es un medio



idóneo para acreditar que se brindó la correspondiente información, motivo que impelía a declarar la ineficacia del traslado con el consecuente traslado de aportes y demás emolumentos.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión del *a-quo*, *Colpensiones* presenta recurso de apelación en el que en suma indica que se encuentra inconforme con la decisión por cuanto la parte actora no ha realizado actos que demuestren su inconformidad con la afiliación a la AFP, a más que el demandante perduró por varios años sin que se constate la existencia de inconformidad con la información brindada, por tanto no existe un acto ineficaz que sea permanente por más de una década, lo anterior conforme el artículo 898 del C.C que prevé la ratificación expresa de las partes, e igualmente en la sentencia SL-413 del 2018.

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 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 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 *Porvenir S.A* del 14 de junio del 2001 (Fl. 42) , 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, lo único que indica es que para el año 2001 al momento del traslado laboraba en la Universidad Nacional Abierta y a Distancia como docente, precisando que cuando firmó el contrato fue abordado por asesores de *Porvenir S.A.*, quienes le indicaron que el ISS se iba a liquidar, por lo que le resultaba más ventajoso trasladarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

En ese orden de ideas, no se avizora medio de convicción alguno que acredite el cabal cumplimiento del deber de información, carga probatoria que, se reitera está en cabeza de la parte demandada.

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 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 las AFP 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.

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 es menester modificar parcialmente la sentencia de primer grado en lo que respecta a la decisión de declarar nula la afiliación, pues de conformidad con lo establecido en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, lo procedente es la ineficacia del traslado. 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;

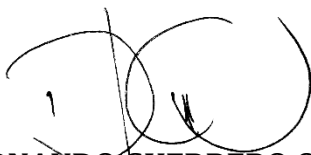
RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR PARCIALMENTE sentencia proferida el 9 de julio del 2020 por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, en el entendido de declarar **INEFICAZ** la afiliación del actor en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

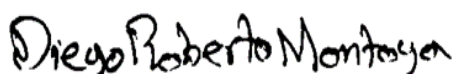
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo restante la sentencia objeto de apelación y consulta.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

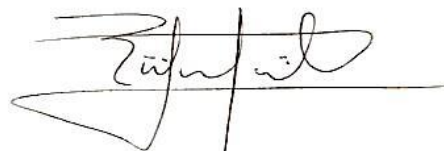
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

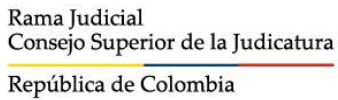


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



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

Bogotá D.C., veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021).

Procede la Sala a desatar los recursos de apelación interpuestos por las partes, demandante y demandada, contra la sentencia proferida el 27 de agosto de 2020 por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá.

1.1DE LA DEMANDA:

La señora *Luz Marina Moreno Garzón* presentó demanda ordinaria laboral en contra de la *Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P.*, a efectos que se declare que en los artículos 57 y 58 de la Convención Colectiva de Trabajo celebrada entre la empleadora y la organización sindical SINTRAEMSDDES el 24 de noviembre de



2015, se dispuso que los contratos de quienes se encontraren vinculados serían a término indefinido, prerrogativa de la cual es beneficiaria.

En consecuencia, se tenga el contrato de trabajo suscrito el 21 de febrero de 2013 pactado a término fijo, corresponde por la normativa convencional, una duración a término indefinido, y se condene a la accionada a reconocer todos y cada uno de los beneficios convencionales, incluyendo el reintegro y el pago de la indemnización por despido injusto, en caso de terminación.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que los trabajadores vinculados a la *Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P.* ostentan el estatus administrativo laboral de trabajadores oficiales, y al interior de la empresa existe la organización sindical SINTRAEMSDES. Que el 24 de noviembre de 2015 se celebró Convención Colectiva de Trabajo, la cual en el artículo 57 consagra que, para garantizar la estabilidad de los trabajadores, se suscribirán los contratos de trabajo a término indefinido, y bajo tal modalidad se tendrán a quienes se hayan vinculado con anterioridad a la vigencia de la Convención Colectiva de Trabajo.

Por su parte, el artículo 58 *ejusdem* estipula que solo se puede contratar a término fijo cuando se trate para la realización de una obra o labor determinada, o para ejecutar un trabajo ocasional, accidental o transitorio, y para reemplazar personal en vacaciones o en licencia.

Señala que se vinculó el mediante contrato escrito de trabajo a término fijo el 21 de febrero de 2013, cuya duración se pactó hasta el 20 de agosto de 2013, desempeñando el cargo de tecnólogo administrativo grado 31, contrato que de



conformidad con diversas misivas, se prorrogó hasta el 30 de noviembre de 2015, y el 2 de diciembre de 2015 se celebró contrato de trabajo a término fijo, el cual se prorrogó hasta el 31 de diciembre de 2019, continuando vigente, por lo cual, ha laborado de manera ininterrumpida por espacio superior a seis (6) años.

Que en virtud de lo regulado en la Convención Colectiva de Trabajo, el contrato se entiende a término indefinido, máxime que los concursos a que hace alusión el capítulo VII en el denominado “Régimen de Transición”, fueron establecidos para los trabajadores que ingresan con posterioridad a la vigencia de la normativa extralegal.

Finalmente, que agotó la reclamación administrativa, y la empresa accionada de manera arbitraria abrió concurso para el cargo que viene desempeñando.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La *Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P.*, operó la *litis contestatio* señalando que la correcta intelección del artículo 57 Convencional, implica estimar que los contratos que se entienden celebrados a término indefinido, son los que se vincula previo concurso de méritos; de otra parte, en el artículo 51 *ejusdem* se consagra que a partir del 1º de diciembre de 2015, los trabajadores que laboran en procesos comerciales, operativos, de acueducto y de gestión social, serían vinculados mediante contrato a término fijo, lo cual se predica del cargo desempeñado por la accionante, aunado a ello que la normativa en mención regula un régimen de transición, según el cual la provisión será a término indefinido de las vacantes que surjan por la provisión de empleos mediante concurso de méritos; finalmente, que el último contrato de trabajo se pactó el 2 de diciembre de 2015, por lo cual si le resulta aplicable la cláusula convencional.



Formuló como excepciones de mérito las que denominó buena fe, prescripción e inexistencia del derecho.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 27 de agosto de 2020 absolvió a la parte demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra.

Para tal efecto estimó que el artículo 57 de la Convención Colectiva de Trabajo consagra en efecto que la finalidad es que los contratos de trabajo de los trabajadores oficiales tuvieran una duración a término indefinido; no obstante, regula que para el efecto se debía aprobar un concurso de méritos, el cual está destinado a los trabajadores vinculados, por ende, es un concurso cerrado.

En ese orden de ideas, el objetivo del concurso y de la cláusula convencional, se dirige a que los trabajadores tuvieran una mayor estabilidad laboral, previamente accediendo a ello mediante concurso de méritos. De igual manera, que el hecho de aprobar el concurso de méritos no fue una imposición patronal, sino un aspecto consensuado con la organización sindical, por ende, no es factible que de manera automática y sin que medie el concurso de méritos, el contrato de la accionante mute a término indefinido.

Ahora, frente a la aparente antinomia existente frente a la regulación que, en tanto los concursos de adelante, los contratos serán a término indefinido, señaló que los contratos de trabajo suscritos por la accionante no se encuadran en las excepciones para la contratación a término fijo; no obstante en el artículo 51 de la Convención



Colectiva de Trabajo regula un régimen de transición, el cual señala que a partir del 1º de diciembre de 2015 los trabajadores que laboran en procesos comerciales, operativos y de gestión, se vincularan mediante contrato de trabajo a término fijo, la que resulta aplicable a la accionante, en tanto el cargo de tecnólogo administrativo grado 31, se encuentra adscrito a dichos procesos. De otra parte, que en el Acuerdo 24 de 2015, se crean cargos en la planta de personal, y en el numeral 1º, se consagra el cargo que ostenta la accionante, señalando que los ya existente se entenderán prorrogados y, por ende, tal creación no autoriza la mutación del término de duración del contrato de trabajo.

II. RECURSO DE APELACIÓN:

Por activa se formuló recurso de alzada contra la sentencia de primera instancia, argumentando que la interpretación normativa se muestra errónea, en tanto dejó de aplicar el artículo 53 Superior y el artículo 21 del C.S.T., los cuales consagran el principio de favorabilidad; en ese orden de ideas, el artículo 57 y el párrafo segundo del artículo 58 de la Convención Colectiva de Trabajo estipulan de manera expresa que el contrato de trabajo se entiende a término indefinido, pese a lo cual el *a-quo* se remite a otras normativas, desconociendo así los beneficios convencionales de la accionante.

De otra parte, en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Radicación SL 23302 del 18 de noviembre de 2004, se establece que una interpretación no puede ser contraria al texto de la Convención, lo cual acaece en el plenario máxime que e dejan de lado los artículos 1º de y 7º de la Convención Colectiva de Trabajo, que consagran que son ineficaces las normas que contrarían los derechos de los trabajadores, regulando igualmente el principio de favorabilidad. Igualmente, que el régimen de transición dejó de tener aplicación con la creación de los nuevos cargos en la planta



de personal, aunado a ello que el concurso de méritos no es cerrado, sino abierto a personas ajenas a la empresa.

Finalmente, que los artículos 57 y 58 convencionales, priman sobre el artículo 51 según las reglas de interpretación normativa.

Por pasiva de igual manera se formuló alzada, en el sentido que el monto de las agencias en derecho en \$100.000 no corresponden con las gestiones que se adelantaron con ocasión del proceso judicial.

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 trabajadora tiene derecho a que el contrato de trabajo se tenga como de duración a término indefinido, en virtud de las cláusulas 57 y 58 de la Convención Colectiva de Trabajo.

a. CONTRATO DE TRABAJO A TÉRMINO INDEFINIDO:

Inicialmente debe acotar la Sala que no existe discusión respecto de la vinculación laboral de la accionante en calidad de trabajadora oficial, la cual se pactó en última



oportunidad desde el 2 de diciembre de 2015 mediante contrato de trabajo a término fijo, el cual se ha prorrogado en diversas oportunidades, desempeñando el empleo denominado Tecnólogo Administrativo Grado 31. Tampoco fue objeto de debate en el transcurso del proceso la afiliación de la demandante al sindicato SINTRAEMSDES, aportándose además copia de la Convención Colectiva de Trabajo como del acta de depósito.

Ahora bien, se refiere por activa que en virtud de lo regulado en los artículos 57 y 58 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita el 24 de noviembre de 2015, el contrato de trabajo debe entenderse pactado a término indefinido, señalando el recurrente que el *a-quo* verificó una interpretación normativa errónea, que no se atiene a los postulados del principio de favorabilidad.

En el Capítulo VII sobre Garantías Laborales de la Convención Colectiva 2015- 2019 suscrita entre la empleadora y el sindicato SINTRAEMSDES el 24 de noviembre de 2015, el artículo 57, preceptúa:

«Artículo 57. CLASE DE CONTRATO: Con el objeto de garantizar la estabilidad de los trabajadores entiéndase que todos los contratos que suscriba la Empresa con los trabajadores serán celebrados a término indefinido. La empresa se compromete a vincular a todos sus trabajadores oficiales mediante contrato de trabajo a término indefinido previo concurso de mérito con los criterios del escalafón.

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

Parágrafo 1: *Los encargos deben efectuarse por el tiempo que dure la vacante del empleo, pasado el cual el encargado reasumirá sus funciones si no las desempeñaba simultáneamente. Cuando se trate de vacantes definitivas el encargo no podrá exceder de sesenta (60) días; cumplido este término, debe proveerse la vacante en forma definitiva. En todo caso el*



encargo no podrá ser superior a tres (3) meses. Se exceptúan de este artículo los permisos sindicales y los demás casos previstos en la ley

El tiempo de los encargos y su remuneración se reconocerán de acuerdo con lo establecido en la presente Convención Colectiva, Escalafón y el Reglamento Interno de Trabajo.

Parágrafo 2: *La Empresa procurará la vinculación del personal transitoria al servicio de la misma en Chingaza, una vez haya terminado el proyecto y de acuerdo con la disponibilidad de cargos existentes en la planta de personal de La Empresa (Artículo 78- Convención 2012-2014) (Acordado CCT 2004-2007 art. 39 y CCT 2008-2011 art. 63)» (Negrillas y subrayas de la Sala).*

Por su parte, el artículo 58 *ejusdem*, dispone:

*«ARTÍCULO 58 CONTRATO OCASIONAL O TRANSITORIO Y A TÉRMINO FIJO: La empresa **podrá celebrar contratos que no tengan el carácter de contratos a término indefinido**, cuando se trate de la realización de una obra o labor determinada, de la ejecución de un trabajo ocasional, accidental o transitorio, casos en los cuales podrá celebrarse por el tiempo que dure la realización de esta obra o trabajo únicamente.*

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

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

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

En ningún caso podrá vincularse trabajadores mediante contrato laboral a término fijo que no obedezca a las anteriores justificaciones ni por términos mayores a los especificados para cada evento (Artículo 79-



Convención 2012-2014) (Acordado CCT 2004-2007 art. 44 y CCT 2008-2011 art. 64.)» (Negrillas y subrayas de la Sala).

De la lectura de las cláusulas convenciones transcritas, se evidencia que la intelección no es otra que la vinculación de los trabajadores debe hacerse mediante contrato de trabajo a término indefinido, y por excepción, a término fijo o por duración de la obra o labor, o para cubrir vacantes temporales.

De igual manera, se establece que los trabajadores que ya se encontraban vinculados a la empresa, también ostentarían el beneficio atinente a que el contrato de trabajo sea a término indefinido, mientras subsistan las causas que le dieron origen.

Ahora bien, la accionante para la fecha de suscripción de la Convención Colectiva de Trabajo, esto es, el 24 de noviembre de 2015, ya se encontraba vinculada mediante contrato de trabajo a término fijo suscrito en última oportunidad el 2 de diciembre de 2015 (Fls. 28 a 29), a efectos de ocupar el empleo de Tecnólogo Administrativo Nivel 31, adscrito a la División de Atención al Cliente Zona Dos, con vigencia inicial hasta el 31 de diciembre de 2016, y que se ha venido prorrogando sucesivamente, de tal manera que a la fecha se encuentra vigente.

Se debe acotar que la accionante tenía una vinculación laboral anterior para ocupar el mismo cargo, toda vez que se vinculó inicialmente mediante contrato de trabajo del 21 de febrero de 2013 (Fl. 20), el cual se prorrogó hasta el 30 de noviembre de 2015 (Fls. 33-34), e incluso anteriormente había laborado como Auxiliar Administrativo, según el certificado laboral aportado al plenario.

Bajo tal entendido, la contratación vigente entre las partes se suscribió con posterioridad a la celebración del acuerdo colectivo, no siendo objeto de apelación la eficacia del último contrato de trabajo suscrito.



No debe soslayarse que la norma convencional aportada al proceso contempla en los artículos 38 a 58 disposiciones sobre estabilidad en el empleo, régimen contractual y la planta de personal, las cuales deben ser analizadas en forma sistemática:

“CAPITULO V

ESTRUCTURA, PLANTA DE PERSONAL, ESCALAFÓN Y CURVA SALARIAL

ARTÍCULO 38. PLANTA DE PERSONAL MÍNIMA DE LA EAB-ESP: *La Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá y SINTRAEMSDS Subdirectiva Bogotá, acuerdan que a partir de la firma de la presente Convención Colectiva de Trabajo, la planta de personal de trabajadores oficiales es de TRES MIL QUINIENTOS TREINTA Y NUEVE (3.539) cargos, y la planta de personal de empleados públicos es de SETENTA Y NUEVE (79) empleados; en adelante la planta de personal oficial mínima de la EAB ESP es de TRES MIL SEISCIENTOS DIECIOCHO (3.618) trabajadores con sus respectivos cargos.*

Los TRESCIENTOS SESENTA Y TRES (363) trabajadores oficiales con sus respectivos cargos que hacen parte de los procesos de lectura, revisiones internas, reparto y volanteo de Acueducto y Alcantarillado, es decir, la planta de adopción e implementación de nueva tecnología, y los SESENTA Y NUEVE trabajadores oficiales con sus respectivos cargos del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo, en cumplimiento de la CCTV artículo 79 párrafo tercero serán contratados a término fijo por 5 meses periodo prorrogable automáticamente por el mismo periodo, hasta tanto la EAB- ESP implemente la tecnología de punta en medición y facturación para ejecutar estos procesos; la implementación que no podrá exceder el término de CINCO (5) años a partir de la firma de la presente convención colectiva. Los trabajadores que ejecuten estas actividades gozarán de todos los beneficios y garantías contractuales y convencionales acordadas a la firma de la presente Convención Colectiva de Trabajo.

Una vez la EAB-ESP inicie la implementación de la innovación tecnológica en las actividades de lectura, revisión, reparto y volanteo de Acueducto y Alcantarillado y la viabilidad del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo; definirá los cargos necesarios para estos procesos y los



restantes se suprimirán automáticamente de la planta de personal definida en la presente convención colectiva.

Si la EAB-ESP no ha implementado la innovación tecnológica dentro de los (5) años siguientes a la suscripción de la presente convención colectiva, se obliga a convocar a los trabajadores que hacen parte de los procesos de lectura, revisiones internas, reparto y volanteo de Acueducto y Alcantarillado la viabilidad del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo, a concurso de méritos en los términos establecidos en la presente Convención Colectiva de Trabajo. Los contratos a término fijo se prorrogarán hasta que los procesos de concurso concluyan que no podrán exceder a quince (15) meses.

La vinculación de los trabajadores que hacen parte de los procesos de lectura, revisiones internas, reparto y volanteo de Acueducto y Alcantarillado y del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo, se realizará por concurso de méritos en las mismas condiciones de ingreso del Régimen de Transición por única vez, para proveer las vacantes que resulten por la adopción de la planta de personal, con la participación de todos los trabajadores vinculados a la EAB-ESP, mediante contratos a término indefinido, término fijo, labor contratada y OPS en igualdad de condiciones.

Parágrafo 1: *Una vez surtido el proceso de vinculación de los trabajadores que hacen parte de los procesos de lectura, revisiones internas, reparto y volanteo de Acueducto y Alcantarillado y la viabilidad del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo, las vacantes que resulten en adelante serán llenadas de conformidad con el artículo 39 de la Convención Colectiva de Trabajo Vigente.*

Parágrafo 2: *La EAB-ESP- exceptuará del proceso anterior las vacantes que resulten de la planta oficial actual de la EMPRESA, y en consecuencia continuará dando estricto cumplimiento al artículo 39 de la CCT (ESTRUCTURA Y PLANTA DE PERSONAL)*

(...)

ARTÍCULO 39: ESTRUCTURA Y PLANTA DE PERSONAL

(...)



Parágrafo 3: La Empresa implementará **los procesos de selección para llenar las vacantes** que allí se generen, dando aplicación al Ciclo de Desarrollo Humano que se apruebe. Este proceso se adelantará así: primero, internamente dando prioridad en participación a los trabajadores vinculados con la EAB-ESP a término indefinido; segundo, se procederá con aquellos trabajadores con contrato a término fijo, prestación de servicios o por labor contratada que lleven vinculados con la EAB-ESP de forma continua o discontinua por cuatro o más años; tercero, se procederá con aquellos trabajadores con contrato a término fijo, prestación de servicio o por labor contratada que lleven vinculados con la EAB-ESP de forma continua o discontinua entre un año y cuatro años; y cuarto, el mismo procedimiento a los trabajadores que con cualquier modalidad de contrato que lleven menos de un año o con personal externo.

(...)

CAPITULO VI RÉGIMEN DE TRANSICIÓN

ARTÍCULO 49. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN: La Empresa de Acueducto Alcantarillado y Aseo de Bogotá y SINTRAEMSDES Subdirectiva Bogotá **acuerdan crear un Régimen de Transición para la vinculación de personal por un periodo de cinco (5) años**, el cual inicia a partir del primero (1) de diciembre del año 2015 y termina el treinta (30) de noviembre del año 2020, **para facilitar el ingreso con contrato a término indefinido a través de concurso de méritos de los trabajadores a la planta de personal oficial de la EAB-ESP**. Durante el término del Régimen de Transición se hará aplicación diferenciada de los derechos respecto al régimen (3) de la actual convención colectiva de trabajo en: salud, préstamo de vivienda, prima de antigüedad y Colegio Ramón B. Jimeno. A partir del primer día del sexto año de vinculación a la Empresa, tendrán todos los derechos que otorga al trabajador el régimen tres (3) de la presente convención colectiva de trabajo.

Parágrafo: Cualquier trabajador que ingrese a la empresa a partir de la firma de la presente convención colectiva de trabajo, durante el régimen de transición se le aplicarán las condiciones establecidas en esta convención para dicho régimen hasta el vencimiento del mismo, luego de lo cual seguirá vinculado con las mismas condiciones establecidas en la Convención Colectiva de Trabajo Vigente (Acta de Acuerdo No. 7 de 2015)



ARTÍCULO 50. DERECHOS DE LOS TRABAJADORES VINCULADOS MEDIANTE CONTRATOS A TÉRMINO FIJO Y LABOR CONTRATADA: La EAB-ESP y SINTRAEMSDES Subdirectiva Bogotá, acuerdan que a partir de la firma de la presente Convención Colectiva de Trabajo los trabajadores contratados bajo las modalidades de contrato a término fijo y labor contratada tendrán los mismos derechos convencionales establecidos en el periodo de transición.

PARÁGRAFO: Vencido el régimen de transición los trabajadores con contrato a término fijo y labor contratada se seguirán beneficiando de la Convención Colectiva de Trabajo en los términos anteriores, que conllevan a la excepción de los derechos de préstamo de vivienda, becas de educación formal y quinquenio (Acta de Acuerdo No. 7 de 2015).

ARTÍCULO 51. VINCULACIÓN DE TRABAJADORES CON CONTRATOS A TÉRMINO FIJO Y LABOR CONTRATADA: La Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá ESP y SINTRAEMSDES Subdirectiva Bogotá definieron que el Régimen de Transición irá desde el 1 de diciembre de 2015 hasta el 30 de noviembre de 2020. Los contratos a término fijo celebrados por la EAB-ESP en la planta transitoria vencen el 30 de noviembre de 2015. Las partes acuerdan que, a partir del 1 de diciembre de 2015, los trabajadores que hoy laboran en los procesos comerciales, operativos de acueducto y de gestión social de los servicios acueducto y alcantarillado y los trabajadores del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo serán vinculados con contrato a término fijo, dentro de la Planta Oficial Definitiva de la EAB-ESP por un término inicial de trece meses (13) que irá desde el 1 de diciembre de 2015 hasta el 31 de diciembre de 2016. Estos contratos se prorrogarán automáticamente conforme con lo establecido en el capítulo de Formalización Laboral contenido en la presente Convención Colectiva de Trabajo. (...).

“[...]

«ARTÍCULO 53: CONCURSO DE MÉRITOS, POR ÚNICA VEZ PARA PROVEERLAS VACANTES QUE RESULTEN POR LA ADOPCIÓN DE LA PLANTA DE PERSONAL. Por una única vez la EAB-ESP hará la provisión de personal a término indefinido de las vacantes que resulten por la adopción de la planta de cargos definitiva de trabajadores oficiales, mediante proceso de concurso de méritos que se realizará en tres (3) Convocatorias así.



Primera Convocatoria: Podrán participar todos los trabajadores de la EAB-ESP, mediante contratos a término indefinido, término fijo y labor contratada vinculados a la firma de la presente Convención de Trabajo. El personal que a la firma de la presente Convención Colectiva se encuentre desarrollando actividades de Call Center que lleve como mínimo un (1) año vinculado a este proceso al interior de la EAB-ESP, podrá participar en esta convocatoria.

Luego el artículo 53 de la Convención Colectiva de Trabajo, adoptó la creación de un concurso de méritos, por una única vez para proveer las vacantes de personal a término indefinido que resulten por la adopción de la planta de personal definitiva.

De conformidad con el clausulado transcrito, se advierte, aunque es cierto que la demandada debe vincular a todos sus trabajadores mediante contrato de trabajo a término indefinido, particularmente aquellos que venían vinculados bajo otra modalidad a la entidad a la suscripción de la convención, salvo las excepciones ya anotadas, en el mismo acuerdo se habilitó a la demandada a terminar los contratos de trabajo de aquellas personas que laboraban en la planta transitoria de «*los procesos comerciales, operativos de acueducto y de gestión social de los servicios acueducto y alcantarillado y los trabajadores del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo*» para vincularlos nuevamente, a partir del 1º de diciembre de 2015 en la planta fija de la empresa mediante contratos de trabajo a término fijo.

En efecto, se reitera que el artículo 51 de la Convención colectiva de Trabajo, consagra que los contratos a término fijo celebrados por la EAB-ESP en la planta transitoria vencen el 30 de noviembre de 2015, «*Las partes acuerdan que, a partir del 1º de diciembre de 2015, los trabajadores que hoy laboran en los procesos comerciales, operativos de acueducto y de gestión social de los servicios acueducto y alcantarillado y los trabajadores del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo serán vinculados con contrato a término fijo*», situación que se subsume en la situación particular de la accionante, ello en tanto (i) el contrato de trabajo suscrito



el 21 de febrero de 2013 se dio por terminado el 30 de noviembre de 2015; (ii) se suscribió un nuevo contrato de trabajo a término fijo el 1º de diciembre de 2015; y (iii) el empleo ocupado se adscribe a los procesos comerciales, operativos de acueducto y de gestión social de los servicios acueducto y alcantarillado.

Así, aunque en el artículo primero del Acuerdo 024 de 20 de noviembre de 2015 *«Por medio del cual se modifica el Acuerdo de Junta Directiva No. 12 de 25 de junio de 2007»* (fls. 165 a 172) se creó en la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. *«una planta de mil ciento noventa y tres (1193) cargos de trabajadores **oficiales a término indefinido**, (...) para garantizar la prestación de las actividades de la operación comercial, operativa de acueducto y gestión social, en forma permanente y continua, las cuales eran ejecutadas a través de contratos especiales de gestión operativa y comercial»*, cuya contratación debía realizarse a través de contratos de trabajo con la modalidad a término indefinido, no obstante, al menos durante la vigencia del régimen de transición, y por virtud de la propia Convención Colectiva, se le permitiría a la encartada realizar la provisión de dichos cargos por contratos a término fijo, con el fin de que esta pudiera adelantar el concurso de méritos respectivo para proveer de manera definitiva los mismos.

En ese orden de ideas, es claro que la vinculación se ajusta a lo previsto en el artículo 51 de la Convención Colectiva de Trabajo, pues dicha normativa determinó que la planta transitoria vencía el 30 de noviembre de 2015, fecha en la que en efecto terminó su contrato, y fue contratada nuevamente el 2 de diciembre de 2015 mediante contrato a término fijo, lo cual se acompasa a lo previsto en la norma en cita.

Valga decir, a juicio de la Sala, la creación de la transición en la convención contrario cercenar los derechos de los trabajadores vinculados lo que busca es garantizar la



igualdad de condiciones en el acceso al trabajo, y para ello en ese mismo instrumento se diseñó un sistema de concurso de méritos en el cual los trabajadores con contrato a término fijo podrán participar a efectos de hacerse beneficiarios de la vacante en la modalidad de contrato a término indefinido.

Un entendimiento contrario, sería tanto como desconocer la voluntad de las partes plasmada en la convención y constituiría una interpretación restrictiva que no se acompasa con la verdadera intención que es fortalecer el mérito, pues como se ve, con el régimen de transición lo que garantiza es la participación en los concursos de aquellas personas vinculadas a través de contrato de trabajo con modalidades distinta al término indefinido.

De otra parte, aduce el recurrente que la interpretación normativa desconoce las cláusulas primera y séptima de la Convención Colectiva de Trabajo atinentes al principio de favorabilidad, no obstante no se advierte una duda en la interpretación, en tanto el artículo 51 convencional, regula de manera expresa la situación particular de la accionante, tal como se expresó en precedencia, aunado a ello que dicha disposición corresponde a la libre autonomía de las partes que concibieron la creación de un régimen de transición para la vinculación de personal. De acuerdo con lo anterior, la presunta transgresión al principio de favorabilidad que se plantea en la alzada, en la aplicación de las normas convencionales, no tiene vocación de prosperidad.

Finalmente, en lo que atañe al recurso de alzada de la parte demandada, esto es, a la condena en costas procesales, el artículo 366 del C.G.P. regula la oportunidad procesal conducente a efectos de impugnar el monto de las agencias en derecho, motivo por el cual no es dable establecer dicho aspecto en esta providencia, acotándose que se confirmará la imposición de costas a la parte vencida en el proceso.



Como corolario de lo anterior, se confirmará la decisión de primer grado. **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 y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

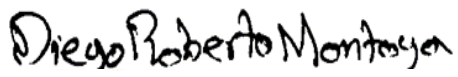
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 27 de agosto de 2020 por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso de la referencia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

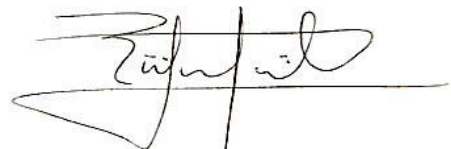
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



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

Ordinario Laboral 1100131050 03 2019 00778 01
Demandante: DEICY MENDOZA SANCHEZ
Demandado: COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de *Colpensiones*, al abogado *Michael Cortázar Camelo*, identificado con Cédula de Ciudadanía No 1.032.435.292 y T.P.289.256 del C.S.J., en los términos y facultades del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto *Colpensiones*, así como estudiar en el grado jurisdiccional de consulta a favor de la misma, la sentencia proferida el 9 de septiembre del 2020 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:



La señora *Deicy Mendoza Sánchez*, formuló demanda ordinaria laboral en contra de *Colpensiones y Protección S.A.*, con la finalidad que se declare la ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante *Colmena*, hoy *Protección S.A.* el 1º de octubre de 1999; por tanto, *Protección S.A.* debe reintegrar la totalidad de los aportes junto con los rendimientos y las demás sumas que se encuentren depositadas en la cuenta de ahorro individual; declarar que *Protección S.A.* debe asumir todos los costos administrativos que se generen con la devolución de la totalidad de los aportes que se encuentren en la cuenta de ahorro individual, que para efectos pensionales, *Colpensiones* debe reactivar la afiliación de la demandante y recibir los conceptos que le fueren trasladados por la AFP.

En consecuencia, solicita se decrete la ineficacia del traslado, se ordene a *Protección S.A.* a realizar la devolución de los aportes junto con sus rendimientos y las demás sumas que se encuentren depositadas en la cuenta de ahorro individual, se condene a la AFP a asumir los gastos de administración, a *Colpensiones* a reactivar la afiliación, lo que resulte probado *ultra y extra petita*, junto con las costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones adujo que en el año de 1988 inició a laborar con el Consejo Episcopal Latino, el que lo afilió a *Colpensiones*; refiere que durante el año 1999 fue visitada por el promotor de ventad de *Colmena*, hoy *Protección S.A.*, quien lo indujo a realizar el traslado de régimen con la promesa que en la AFP la pensión sería superior a la que le correspondería en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.



Precisa que el 24 de octubre del 2013, presentó ante *Colpensiones* su inconformidad respecto al traslado de fondos, pero la misma fue negada por dicha entidad y con derecho de petición del 25 de julio del 2019 solicitó a *Colpensiones* la nulidad de la afiliación, pero la misma fue negada.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones en su escrito de contestación se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, aduciendo que la demandante se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad de manera libre y voluntaria, escogiendo su derecho de libre escogencia de régimen.

Formuló como excepciones 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, presunción de legalidad de los actos jurídicos y la genérica.

Protección S.A se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas en su contra aduciendo que la afiliación se trata de un acto existente, válido y exento de vicios del consentimiento.

Formuló los medios exceptivos de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos del Sistema General de Pensiones, la genérica, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua a favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la



comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 9 de septiembre 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, realizado el 5 de agosto de 1999, con efectividad a partir del 1° de octubre de la misma anualidad, así como los traslados horizontales posteriores para entender vinculada a la demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida; condenó a la AFP *Protección S.A.* a trasladar a *Colpensiones* todos los valores que recibió con motivo del traslado de la demandante por concepto de cotizaciones obligatorias, voluntarias, bonos pensionales, junto con los rendimientos; ordenó a *Colpensiones* a aceptar el traslado de los dineros a *Protección S.A.*, para que se proceda a activar la afiliación de la demandante, como si nunca se hubiere trasladado de régimen, declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas a la AFP demandada.

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 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 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:

Colpensiones formula recurso de apelación en el que en suma indica que no existe discusión sobre la legalidad de los regímenes pensionales, y de la documental aportada por la demandante, se evidencia que no hay falencia alguna para que se desacredite la afiliación; por otra parte, los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia están en contravía de la Constitución Política y los pronunciamientos de la Corte Constitucional, entre ellos las sentencias SU-062 y SU-730 del 2002, por cuanto estas establecen en qué casos podría operar el traslado en cualquier momento sin afectar el principio de sostenibilidad financiera.

Señala que la accionante en el interrogatorio de parte se contradice con lo afirmado en la demanda; finalmente, que la sentencia causa un daño antijurídico a la entidad, pues si bien se obliga a la AFP a devolver todos los recursos, los montos no se encuentran indexados.



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 a *Colmena*, hoy *Protección S.A* suscrito por la libelista el 5 de agosto de 1999 (Fl. 141), el cual 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 el traslado se dio en virtud de un proceso en el cual los asesores le indicaron que el ISS se iba a liquidar y le prometieron que se podría pensionar a los 45 años, o cuando ella lo deseara.

Tampoco se aportó 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.

Precisando, que al ser reintegradas las sumas de dinero con los respectivos rendimientos, frutos e intereses, no resulta pertinente ordenar la indexación de las mismas, por cuanto la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, se encuentra superada mediante el pago de los respectivos intereses, como de tiempo atrás lo ha sostenido la H. Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, generando la incompatibilidad entre el pago de los intereses y la indexación de las sumas de dinero adeudadas, como fuere expuesto, entre otras, en sentencia con Rad. 41392 del 6 de diciembre del 2011, en la cual se explicó:



“Sobre esta base es claro que el ad quem le dio una inteligencia a la norma acorde a lo que ha sostenido esta Corporación sobre el asunto, en cuanto al carácter resarcitorio de los intereses moratorios cuyo fin es el de paliar, en cierto modo, la pérdida del poder adquisitivo del dinero, tal como lo señaló la Sala en la sentencia del 12 de mayo de 2005, radicación 22605 (...)”

Criterio quen, si bien se ha aplicado en lo tocante a la mora en el pago de las mesadas pensionales, nada impide que se aplique en lo tocante a los dineros obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, como quiera que los mismos tienen una naturaleza jurídica similar, en tanto ambos son recursos del Sistema General de Pensiones, por tanto *mutatis mutandi*, resulta aplicable el mismo dogma.

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.



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:

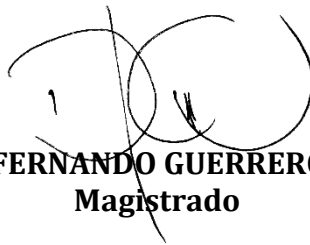
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

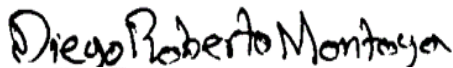
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 9 de septiembre del 2020, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

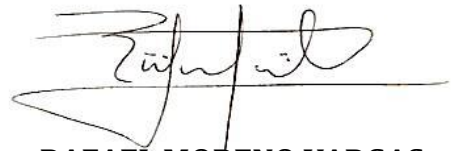
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



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

Ordinario Laboral 1100131050 **04 2019 00848 01**
Demandante: GERMÁN MARTÍNEZ SANTACRUZ
Demandado: COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021).

AUTO

Porvenir S.A. allega poder de sustitución en virtud del cual se le reconoce personería para actuar al 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 resolver los recursos de apelación interpuestos por *Colpensiones* y *Protección S.A.*, en contra de la sentencia proferida el 5 de noviembre por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *Germán Martínez Santacruz*, formuló demanda ordinaria en contra de *Colpensiones*, *Porvenir S.A.* y *Protección S.A.*, con la finalidad que se declare que la AFP Horizonte - hoy *Porvenir S.A.*, omitió proporcionar información necesaria, transparente, cierta, real, suficiente, determinante y oportuna en el deber del buen consejo al momento de realizar la afiliación y traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad que efectuara el 3 de abril de 2002.



Por consiguiente, se ordene a *Colpensiones* admitir el regreso automático como afiliado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, por lo que se debe condenar a *Protección S.A.* a trasladar todos los aportes y rendimientos causados en la cuenta individual con destino a *Colpensiones*, junto con los gastos de administración y que estos valores se paguen de manera indexada, y sin ningún tipo de descuento sobre este concepto.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 12 de abril de 1956 y a la fecha de presentación de esta acción contaba con 63 años de edad, vinculándose al antiguo ISS a partir del 1 de enero de 1995, realizando el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en el mes de marzo de 2002 por intermedio de la AFP Horizonte –hoy *Porvenir S.A.*

Resaltó que al momento del traslado, *Porvenir S.A.* no cumplió a cabalidad con los requerimientos legales necesarios para la validez del acto jurídico, no recibió ninguna asesoría acerca de cómo se constituiría en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ni sus proyecciones pensionales con los dos regímenes existentes, así como tampoco advertencia alguna de las implicaciones que este cambio traería para la adquisición de su futuro derecho pensional, tampoco se le habló de las características y diferencias que existían entre ambos regímenes, ni se realizó como antesala de la afiliación una proyección comparada de la posible mesada pensional que podría obtener en ambos regímenes, entre otros factores más.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Porvenir S.A., contestó la demanda indicando que al momento que el demandante efectuó el traslado ante sus dependencias, lo realizó de forma libre y espontánea, completamente informado pues recibió asesoría de manera verbal con la información suficiente y necesaria para entender las condiciones, beneficios, características y consecuencias que acarrearía tomar la decisión de trasladarse de régimen.

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.

Colpensiones por su parte, refirió que el actor se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad de manera libre y voluntaria, ejerciendo su derecho a la libre escogencia del régimen. Que si bien desconoce las circunstancias de tiempo,



modo y lugar a través de las cuales se llevó a cabo la asesoría, no es menos cierto que si el demandante decidió que su mesada pensional estuviera regida por las características propias de dicho régimen, tal situación ocurrió por la información a él brindada por parte de los asesores de la AFP que efectuó el traslado primigenio.

Propuso las excepciones 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 (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), inexistencia de la obligación de afiliación, excepción error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, presunción de legalidad de los actos jurídicos, e innominada o genérica.

Protección S.A., adujo que resulta incomprensible que el actor se haya trasladado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y luego se haya traslado dentro del mismo régimen ante sus dependencias, y manifieste que los traslados no hayan tenido ninguna asesoría, máxime si no existe ninguna prueba de la indebida información.

Propuso las excepciones 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, innominada o genérica, inexistencia de la obligación de devolver la comisión, en caso de que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, e inexistencia de la obligación de devolver el pago al seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 5 de noviembre de 2020, declaró ineficaz la afiliación que hiciere el actor al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de *Porvenir S.A.*, y consecuencia se debe tenerlo como válidamente afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por *Colpensiones*.

En tal sentido, condeno a *Protección S.A.* a trasladar a *Colpensiones* el saldo existente en la cuenta de ahorro individual del actor con sus correspondientes rendimientos y gastos de administración, igualmente a todas las entidades, a su vez ordenando a *Colpensiones* aceptar el traslado del actor.



Para arribar a dicha conclusión, mencionó que atendiendo los preceptos legales y jurisprudenciales que ha adocinado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es obligación de las AFP demostrar una información amplia detallada y suficiente con sus afiliados al momento del traslado, situación que no sucedió respecto del especialísimo caso del demandante, pues además del formulario de afiliación que se suscribiera ante Horizonte – hoy *Porvenir S.A.*, no obra otra prueba que demuestre lo respectivo.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Protección S.A., inconforme con la decisión la apeló. Argumentó que de conformidad con lo establecido en el artículo 244 del C.G.P., el formulario de afiliación es un documento al cual no se le puede restar valor probatorio, toda vez que la información que allí se generó se produjo de manera verbal y era requisito principal para la época, aunado a que existe la previsión legal regulada en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003.

Adujo que tampoco es procedente la condena por gastos de administración, como quiera que mientras el actor ha estado vinculado ante sus dependencias, se ha hecho una debida administración de sus dineros con el mayor cuidado y diligencia, lo cual se puede constatar con los respectivos rendimientos financieros, por lo que resulta improcedente la devolución de los mismos, ya que se existiría un enriquecimiento sin causa.

Por último, indicó que no se le debe condenar en costas procesales pues siempre ha actuado de buena fe.

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 SL19447-2017, 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 el actor el 3 de abril de 2002 a la AFP Horizonte – hoy *Porvenir S.A* (Fl. 44), 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”.*



Por otra parte, en el interrogatorio de parte el accionante no confesó que se le haya suministrado la información, de lo que se colige que no se acreditó que al actor se le hubiese suministrado la información sobre las condiciones necesarias entre uno y otro régimen, como tampoco las ventajas y desventajas de los mismos.

Ahora bien, frente al recurso de apelación interpuesto por *Protección S.A.*, AFP donde en la actualidad se encuentra afiliado el actor como da cuenta el formulario de afiliación suscrito el 3 de octubre de 2003 (Fl. 45), 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.



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, 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»”.

Es así, por lo que no se considera 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 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.

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.

Por último, con ocasión a las costas procesales ordenadas en primera instancia y a cargo de *Protección S.A.*, su argumento de absolución no resulta próspero, en tanto, resultó vencida en el proceso, máxime que se opuso a las pretensiones de la demanda.

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:

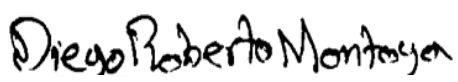
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 5 de noviembre de 2020 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

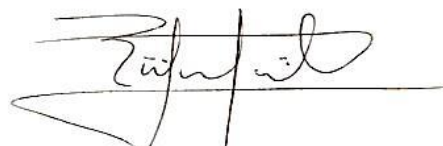
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



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 1100131050 32 2018 00413 01
Demandante: ÁNGEL RODRIGO RODRÍGUEZ ROSERO
Demandado: COLPENSIONES, COLFONDOS S.A Y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de enero 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 7 de julio de 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:

El señor *Ángel Rodrigo Rodríguez Rosero* promovió demanda ordinaria en contra de *Colpensiones, Colfondos S.A y Porvenir S.A*, con la finalidad que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; se declare que la única afiliación válida es la efectuada a *Colpensiones*; se ordene a *Porvenir S.A.* a trasladar a *Colpensiones* el monto de la totalidad de los aportes acreditados en la cuenta de ahorro individual; se condene a *Colpensiones* a reconocer y pagar la pensión de vejez, el retroactivo pensional, los intereses moratorios y aquello que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:



En respaldo de sus pretensiones, manifestó que nació el 28 de febrero de 1954 e inició su vida laboral el 20 de octubre de 1987, misma data en la que inició sus cotizaciones al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Precisa que en el mes de enero de 1995 suscribió formulario de afiliación a la AFP *Colfondos S.A.*, sin haber obtenido asesoría alguna por parte de dicha AFP. Posteriormente, en enero de 1998 se trasladó a la AFP *Porvenir S.A.*, sin que le fuera informado que podía trasladarse de régimen dentro del año siguiente.

El 28 de mayo del 2018 solicitó el traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida ante *Colpensiones*, pero dicha entidad denegó su solicitud, así como el reconocimiento pensional, a lo cual no se accedió.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones adujo que el demandante debía probar el engaño u omisión que existió al momento de la afiliación, como quiera que ante dicha entidad el traslado fue válido y se encuentra vigente.

Formuló las excepciones de validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, buena fe de *Colpensiones*, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, compensación, prescripción y la denominada innominada o genérica.

Colfondos S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones, argumentando que el contrato de afiliación celebrado entre dicha entidad y el demandante es plenamente válido y produce efectos jurídicos, puesto que en el mismo confluyeron todos los elementos para su existencia y validez, en especial la manifestación de la voluntad.

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

Porvenir S.A. expuso en su contestación que la afiliación del actor a dicha entidad fue realizada de forma voluntaria, sin mediar vicios del consentimiento. Propuso las excepciones denominadas inexistencia del traslado de régimen pensional y convalidación de la actuación, buena fe y la genérica.



II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 7 de julio de 2020 declaró probadas las excepciones de cobro de lo no debido, inexistencia del derecho reclamado y falta de causa para pedir respecto del retroactivo pensional e intereses y declaró no probadas las demás excepciones propuestas; declaró la ineficacia del traslado de régimen; condenó a la demandada a trasladar a *Colpensiones* la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual del demandante, ordenó a *Colpensiones* a recibir al demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad y en las mismas condiciones en que se encontraba al momento del traslado, declaró que el demandante como afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, es beneficiario del régimen de transición y tiene causado el derecho al pago de la pensión de vejez conforme lo dispuesto en el Decreto 758 de 1990 y condenó en costas a *Colfondos S.A.*

Para arribar a dicha conclusión, manifestó que atendiendo los parámetros legales y jurisprudenciales emanados por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, era deber de *Porvenir S.A.* demostrar que al momento del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad del demandante, suministró la información necesaria sobre las ventajas y desventajas entre uno y otro régimen, y lo referente todos los aspectos legales que conllevaban al traslado, aspectos que no fueron acreditados por la encartada y por tal motivo, existe una ineficacia en el traslado.

Así mismo, evidenció que el demandante cumple con los requisitos previstos en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, por tanto, es beneficiario del régimen de transición y le asiste derecho al reconocimiento y pago de la pensión vejez bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, sin embargo, no se pudo ordenar el reconocimiento de la pensión en tanto para ello se requiere la desafiliación del sistema y se debe tener en cuenta hasta la última cotización.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Colpensiones manifestó en su alzada que, si bien dentro del proceso se determinó por parte del despacho que efectivamente existió una falta al deber de información por parte de la AFP al momento de realizar el traslado de régimen y el traslado horizontal dentro del mismo régimen de ahorro individual, solicita se tenga en cuenta que ello realmente no se probó dentro del proceso.



Así mismo, de tener la misma consideración respecto a la falta de información, solicita se tenga en cuenta que es un tercero frente a los actos jurídicos celebrados entre las AFP codemandadas y el demandante, y que al ser un negocio jurídico tiene efectos interpartes, por lo que la decisión adoptada dentro del presente proceso no puede perjudicar ni favorecer a *Colpensiones*.

Señala que, si bien el demandante fue beneficiario del régimen de transición, no es dable disponer el reconocimiento pensional sin hacer un estudio real frente a todas y cada una de las semanas que se van a trasladar del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; finalmente que la decisión afecta la sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social.

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, motivo que impele a recoger cualquier criterio que la Sala mayoritaria haya expuesto sobre este particular.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso ni si quiera se aportaron los formularios de afiliación, sino que únicamente reposa el reporte del SIAFP en el cual se puede constatar que el demandante se trasladó a *Colfondos S.A.* el 9 de septiembre de 1994 y que en la actualidad se encuentra afiliado a *Porvenir S.A.* en virtud de la afiliación efectuada inicialmente a Colpatria el 13 de junio de 1996 (Fl 75), lo cual 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, contrario sensu indica que para la fecha del traslado les habían indicado que el Instituto de Seguros Sociales se iba a liquidar y la única forma para salvaguardar su pensión era afiliarse a la AFP, e igualmente el asesor le indicó que el único requisito era tener menos de 700 semanas.

Por lo tanto, al no haberse acreditado por la AFP el cumplimiento del deber de información, le asistió razón al *a-quo* al declarar 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



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 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 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, 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 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 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.

PENSIÓN DE VEJEZ



Ahora bien, se aduce por activa ser beneficiario del régimen de transición, y en tal medida se le debe reconocer la pensión de vejez conforme lo reglado en el Decreto 758 de 1990.

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 el accionante nació el 28 de febrero de 1954 (Fl 15), por lo cual para el 1º de abril de 1994 contaba con 40 años de edad, por lo que en principio es beneficiario del régimen de transición. De otra parte, se desprende del reporte de semanas cotizadas obrante a folios 16 a 20, que al 29 de julio del 2005 el actor contaba con más de 750 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”.*

El accionante cumplió 60 años de edad el 28 de febrero de 2014, y del reporte de semanas cotizadas se evidencia que aportó en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida un total de 337 semanas, y en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad 1.125 semanas; para un total de 1.462 semanas; de las cuales 1307 fueron cotizadas con antelación al 31 de diciembre del 2014, dejando causado el derecho a la pensión de vejez bajo el régimen de transición.

Con todo, dado que a la fecha la afiliación se encuentra vigente y que para el reconocimiento pensional se debe tener en cuenta hasta la última semana de cotización, acorde lo dispone el artículo 35 del Decreto 758 de 1990, como efectivamente lo determinó el fallador de primera instancia.

Por manera que resulta atinada la decisión del *a-quo* al declarar que el demandante es beneficiario del régimen de transición y tiene derecho al reconocimiento y pago de la misma, acorde lo dispuesto en el Decreto 758 de 1990, siendo en efecto necesario para acceder al derecho pensional que se surta la respectiva desafiliación del sistema.

Dimana de lo enunciado, la indudable confirmación de la sentencia analizada en esta 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 en su integridad la sentencia proferida el 7 de julio de 2020 por el Juzgado Treinta y Dos 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 21201900215 01
Demandante: LUIS ERNESTO ECHEVERRY OSPINA
Demandado: COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021).

AUTO:

Se reconoce personería a la abogada *Diana Marcela Cuervo Espinoza*, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.012.335.691 y T.P. 248.744 del C. S. de la Judicatura, para actuar en representación de *Colpensiones*, en los términos y facultades del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso interpuesto ambas partes en contra de la sentencia del 14 de julio del 2020, proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, la sentencia se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T y de la S.S., por cuanto la decisión fue adversa a los intereses de la encartada.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *Luis Ernesto Echeverry Ospina*, formuló demanda ordinaria en contra de *Colpensiones*, con la finalidad que se declare que la señora *María Soraida Pineda Loaiza*, dejó causado el derecho de pensión de sobrevivientes, con las cotizaciones efectuadas al Régimen de Prima Media con Prestación Definida en aplicación del



principio de la condición más beneficiosa, administrado anteriormente por el ISS; se declare que el demandante es beneficiario de la pensión de sobrevivientes desde el 18 de abril de 1994, fecha de muerte de su compañera permanente; en consecuencia se condene a la pasiva al pago de la pensión de sobrevivientes a favor del demandante, el pago de las mesadas causadas, los intereses moratorios, la inclusión en nómina del demandante y las costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que la señora *María Soraida Pineda Loaiza*, falleció el 18 de abril de 1994; que se encontraba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por *Colpensiones* y había cotizado más de 300 semanas al 1° de abril de 1994.

Precisa que la causante convivió con el demandante desde el 2 de febrero de 1986 y hasta el momento de su deceso, por lo que solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes ante el Instituto de Seguros Sociales; que dicha petición fue despachada desfavorablemente mediante la Resolución No. 003114 de 1995, bajo el argumento que el causante no reunía los requisitos exigidos en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, y por ello, le fue concedida la indemnización sustitutiva.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aduciendo que al demandante se le reconoció la indemnización sustitutiva conforme se observa en la Resolución No. 004114 de 1995, en razón a que no reunía los requisitos exigidos para que se le otorgara la pensión de sobrevivientes, conforme se dispuso en el mentado acto administrativo, generándose así una incompatibilidad con la prestación de sobrevivencia deprecada.

Formuló las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe de *Colpensiones*, no configuración del derecho al pago del I.P.C, ni indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, presunción de legalidad de los actos administrativos, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, compensación y la genérica.



Mediante auto del 14 de noviembre del 2019, dispuso vincular a Diana Paola Echeverry Pineda, como litisconsorte necesaria por pasiva (Fl 25), quien a través de su apoderado indicó que no presentaría ningún tipo de solicitud respecto de la prestación reclamada por el demandante, pues a su juicio este no cumple con los requisitos para ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 14 de julio del 2020, declaró que el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de su compañera permanente MARIA SORAIDA PINEDA LOAIZA en cuantía del 50% a partir del 18 de abril de 1994 y hasta el 16 de octubre del 2003, día anterior al cumplimiento de la mayoría de edad por parte de DIANA PAOLA ECHEVERRY PINEDA hija del causante y a partir del 17 de octubre del 2003 en un 100% dado el acrecimiento de su mesada pensional; condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar al demandante la pensión de sobrevivientes con ocasión del deceso de su compañera permanente MARÍA SORAIDA PINEDA LOAIZA, a partir del 19 de marzo del 2016 en cuantía equivalente a un salario mínimo legal vigente, junto con los incrementos legales anuales y con las mesadas adicionales, sumas que al mes de marzo del 2016 ascienden a \$689.455; condenó a la demandada a reconocer y pagar al demandante, la pensión de sobreviviente con ocasión del deceso de la compañera permanente a partir del 19 de marzo del 2016 asciende a la suma de \$689.455.

Condenó a COLPENSIONES a reconocerle y pagarle las suma de \$46.863.458 por concepto de retroactivo pensional desde el 19 de marzo de 2016 y hasta el 30 de junio del 2020 y \$3.808.654,30 a título de indexación, sin perjuicio de la que se siga causando y hasta que se verifique el pago; autorizó a la demandada para que efectúe los descuentos a salud, sobre el retroactivo que se genera hasta cuando sea incluido en nómina, con destino a la EPS a la que esté afiliado o se afilie el demandante, autorizó a la entidad demandada a descontar lo pagado al accionante por concepto de indemnización sustitutiva; declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, no configuración del derecho al pago del IPC, ni indexación o reajuste alguno, carencia de causa para demandar, presunción de legalidad de los actos administrativos y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y parcialmente probada la excepción de prescripción; declara probada las excepciones de no configuración del derecho al pago de los intereses moratorios ni



indemnización moratoria, propuestas por Colpensiones y condenó en costas a la pasiva.

Como sustento de su decisión, indicó que la señora *María Soraida Pineda Loaiza*, falleció el 18 de abril de 1994, por lo que la disposición aplicable en su caso sería el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 en su redacción original, normativa que exige haber reunido 26 semanas de cotización al momento de la muerte si era cotizante activo, o si dejó de cotizar, reunir por lo menos 26 semanas en el año inmediatamente anterior.

De esta forma y una vez analizado el resumen de semanas de la causante se observa que cotizó 419 semanas, igualmente, que tenía 300 semanas cotizadas antes de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993; de igual, no era cotizante activa, puesto que el pago de la última cotización data del 21 de febrero de 1994, por lo que se acreditar 26 semanas en el año inmediatamente anterior a su fallecimiento, esto es, el 18 de abril de 1993 al 18 de abril de 1994; no obstante, durante ese lapso cotizó únicamente 1.86 semanas.

Bajo el principio de la condición más beneficiosa se remite al Acuerdo 049 de 1990, el que exigía haber cotizado 150 semanas dentro de los 6 años anteriores a la fecha de fallecimiento o 300 semanas en cualquier tiempo, aunado a ello que para la aplicación del referido principio, se requiere, que las 350 semanas sean cotizadas en cualquier época con anterioridad al estado de invalidez, y que para el caso de la pensión de sobrevivientes, con anterioridad al fallecimiento, deben estar satisfechas al momento en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993, y para los afiliados que fallecieron entre el 1º de abril de 1994 y el 31 de marzo de 2000, debieron dejar acreditadas 150 semanas dentro de los 3 años anteriores a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, e igualmente esa misma densidad dentro de los 3 años anteriores a su deceso.

Señalado entonces lo anterior y examinada la historia laboral concluye que cumplió cabalmente con las reglas aludidas, en atención a que ostenta 420.14 semanas antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

De otra parte, que la propia entidad demandada reconoció al otorgarle al actor la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, por cuanto según lo dispuesto en el artículo 47 de la misma ley y luego de estudiar las solicitudes



presentadas, establece que es procedente reconocer la indemnización a quienes acreditan en su calidad de beneficiarios.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión del *a-quo*, el demandante presenta recurso de apelación en lo tocante a la autorización de descuento a Colpensiones del pago de la indemnización sustitutiva cancelada al demandante, debidamente indexada, aduciendo que dicha orden afecta doblemente su patrimonio, máxime que se aplicó prescripción de mesadas pensionales.

Por otro lado, que al ordenar la indexación de dicho monto, se incurre en un descuento desproporcionado frente a lo que percibiría por retroactivo pensional; aunado a ello que la indexación debe ser ponderada cuando se trata de sumas de dinero que han sido recibidas de buena fe.

A su turno, Colpensiones presenta recurso de apelación en lo tocante a la condena en costas impuesta en su contra; de otra parte, que se accedió a la indemnización sustitutiva en el trámite administrativo, en tanto se considera que no es procedente bajo las normas legales acceder a la pensión de sobrevivientes.

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 problema jurídico si el demandante tiene derecho a la pensión de sobrevivientes anhelada y en caso afirmativo, si resulta procedente ordenar la autorización del descuento de la indemnización sustitutiva debidamente indexada, como se dispuso en primera instancia.



c. Pensión de sobrevivientes:

En aras de desatar la litis planteada, lo primero que debe precisar la Sala es que acorde el criterio jurisprudencial, la pensión de sobrevivientes debe ser analizada a la luz de la norma vigente para la fecha de fallecimiento de la causante. En tal media, como quiera que la señora *María Soraida Pineda Loaiza* falleció el 18 de abril de 1994 (Fl 11), no cabe duda que la norma llamada a gobernar el presente juicio no es otra distinta a los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, en su versión original.

Conforme al precepto en cita, en su numeral 2º, son beneficiarios de la pensión los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre que este se encuentre cotizando al sistema y hubiere aportado por lo menos 26 semanas al momento de su muerte; o que, habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiese efectuado aportes durante por lo menos 26 semanas del año inmediatamente anterior al fallecimiento.

Según el historial laboral que se hizo reposar al proceso, la causante cotizó en total 420,14 semanas al extinto Instituto de Seguros Sociales del 13 de marzo de 1984 al 21 de febrero de 1994. Como la última cotización del causante se dio en febrero de 1994 y falleció el 20 de abril de 1994, es palmario que no era cotizante activa, sin que lograra acreditar las 26 semanas en el año inmediatamente anterior al fallecimiento, de lo que se colige que no se cumplió con lo dispuesto en la norma antes citada.

Descartada la posibilidad de obtener la pensión de sobrevivientes con base en la Ley 100 de 1993 en su versión original, tal como lo hizo el *a-quo*, la Sala estudiará el principio de la *condición más beneficiosa* contemplado en los artículos 53 de la Constitución Política y 21 del C.S.T, en aras de corroborar si le asiste el derecho a la parte actora.

Con fundamento en el principio señalado, el operador jurídico está facultado para inaplicar la norma nueva al caso concreto y en su lugar acoger la norma más favorable contenida en la regulación *inmediatamente* anterior a la que se deja de aplicar, en la medida que el legislador no previó un régimen de transición que protegiera las expectativas legítimas o los derechos adquiridos; es por ello que en este caso se debe remitir a lo previsto en los artículos 6º y 25 del Decreto 758 de 1990, a fin de verificar si en dicho régimen la asegurada había cumplido con los presupuestos previstos, lo que tiene lugar "*Cuando la muerte del asegurado sea de origen no profesional, habrá derecho a pensión de sobrevivientes en los siguientes casos: a) Cuando a la fecha del fallecimiento, el asegurado haya reunido el número y*



densidad de cotizaciones que se exigen para adquirir el derecho a la pensión de invalidez por riesgo común”.

El primer precepto indica en su literal b) como requisitos *“Haber cotizado para el Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, ciento cincuenta (150) semanas dentro de los seis (6) años anteriores a la fecha del estado de invalidez, o trescientas (300) semanas, en cualquier época, con anterioridad al estado de invalidez”*. Ahora, la causante no solo cotizó 201,39 semanas dentro de los 6 años anteriores al descenso, sino se tiene que en toda su vida laboral alcanzó 420,14 semanas, acreditando de lleno los requisitos exigidos por la mentada norma.

Ahora, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tiene establecido en lo relativo a las 300 semanas cotizadas en cualquier tiempo, que *deben estar satisfechas para el momento en que comenzó a regir la Ley 100 de 1993*, es decir, antes del 1° de abril de 1994, tal como lo precisó, entre otras, en las sentencias SL 11564 de 2017 y SL-13447 de 2016.

En el presente caso, la actora antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 tenía 418,43 semanas (Fl 13, vuelto), satisfaciendo con ello el presupuesto jurisprudencial antes expuesto, por lo que no existe duda alguna en torno a que dejó causado el derecho pensional.

En lo que respecta a la calidad de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, basta indicar que bajo los preceptos del artículo 47 de la ley 100 de 1993, en su versión original el cónyuge o compañero permanente supérstite. Destacando que conforme los últimos parámetros jurisprudenciales, acorde la exegesis de la norma, el requisito de convivencia únicamente se exige, cuando se trata del fallecimiento de un pensionado y no del afiliado, como se expresa en la sentencia SL- 1730 del 2020, señaló que el mentado requisito de convivencia resulta exigible en tratándose de pensionados, así:

“Con lo anterior, la Sala fija el verdadero alcance de la disposición acusada, a la luz del precepto constitucional de favorabilidad, in dubio pro operario, esto es, que la convivencia mínima de cinco (5) años, en el supuesto previsto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, solo es exigible en caso de muerte del pensionado”.

Siendo del caso destacar que, si bien la referida sentencia alude a la interpretación del artículo 47 de la ley 100 de 1993, luego de ser modificado por el artículo 13 de la ley 797 del 2003, nada impide que tal criterio se aplique a la norma en su versión



original, como quiera que frente a este particular la norma únicamente fue modificada en cuanto al término de convivencia, el cual se incrementó de 2 a 5 años.

Con todo, en el presente caso se tiene que la pasiva en el momento de mismo de conceder la indemnización sustitutiva al demandante mediante la Resolución No 003114 de 1995, le reconoció la calidad de beneficiario, aduciendo en el mentado acto administrativo que el promotor allegó los documentos necesarios para acreditar dicha calidad conforme lo reglado en el artículo 47 de la ley 100 de 1993, por manera que no existe discusión frente al lleno de este requisito.

Ahora bien, en efecto como quiera que para la data del deceso de la finada su hija Diana Paola Echeverry Pineda, era menor de edad y tan solo cumplió la mayoría de edad hasta el 17 de octubre de 2003, es el actor solo tendría derecho al 50% de la pensión de sobrevivientes desde el 18 de abril de 1994 y hasta el 16 de octubre del 2003, la cual se acrecentaría en un 100% desde el 17 de octubre del 2003, acorde se definió en primera instancia.

Luego le asiste la razón a la falladora de primera instancia al ordenar el reconocimiento y pago de las mesadas pensionales adeudadas, debidamente indexadas a la fecha de su pago.

a. Del valor de la mesada pensional y número de mesadas

Como quiera que se accedió al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes bajo el amparo del principio de la condición más beneficiosa, en el tránsito entre el Acuerdo 049 de 1990 y la Ley 100 de 1993, respecto de un afiliado fallecido en vigencia de esta última disposición, se tiene que la tasa de remplazo se debe establecer conforme con el artículo 48 de la norma vigente, como lo ha explicado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en la sentencia SL 1815 de 2018.

Así las cosas, atendiendo a lo dispuesto en los artículos 21 y 48 de la Ley 100 de 1993, no existe debate alguno en cuanto a que el monto de la primera mesada pensional será igual a un salario mínimo legal mensual vigente y dada la fecha de causación de la pensión por 14 mensualidades al año, como fue determinado en primera instancia, por manera que este punto de la providencia también será objeto



de confirmación.

b. De la devolución de la indemnización sustitutiva

Respecto al tema, la jurisprudencia de nuestro máximo Órgano de Cierre, en forma pacífica y reiterada, ha precisado que existiendo el derecho pensional, el hecho que el asegurado le sea ofrecida la devolución de saldos (o de la indemnización sustitutiva) y la acepte, so pretexto de la inexistencia del derecho pensional, no impide su reconocimiento y orden de pago por vía judicial, pues ambos constituyen una prestación previsional, y en el evento de existir el derecho pensional, aquel pago de devolución solo constituye un pago provisional de dicha pensión, al respecto valga traer a colación las sentencias CSJ SL3186 de 2015, SL 6558 de 2017, CSJ SL1416-2019.

Dicha Alta Corporación, también ha sostenido que el reconocimiento de la indemnización sustitutiva no impide el disfrute de la pensión de sobrevivientes, dado que lo que procede es la devolución de lo pagado por tal concepto (SL6080-2016), por tanto, que *Colpensiones* no hubiera solicitado la devolución de dicho emolumento, no limitaba al Juzgador para que la ordene, pues se estarían reconociendo dos prestaciones que resultan incompatibles y en consecuencia, se tiene que en efecto resulta dable ordenar el descuento de la indemnización sustitutiva concedida a la actora mediante Resolución No 026342 del 23 de octubre del 2001, respecto del retroactivo adeudado a la libelista.

Frente a la discrepancia planteada por la parte actora, consistente en que el descuento del pago de la indemnización sustitutiva se realice debidamente indexada, basta indicar que esta decisión se ajusta a los parámetros legales y jurisprudenciales que de tiempo atrás propenden a que el transcurso del tiempo no merme la pérdida del valor adquisitiva de dinero, para lo cual se ha dado cabida a la figura de la indexación. Sin que exista impedimento legal alguno para que los dineros cancelados al demandante a título de indemnización sustitutiva se descuenten con la respectiva indexación, *a contrario sensu* tal decisión resulta acorde a los principios que rigen el Sistema General de Pensiones, en especial el principio de sostenibilidad financiera.

A más que si el demandante obtendrá el pago de las mesadas adeudadas debidamente indexadas, resulta ilógico que pretenda que a la indemnización sustitutiva no se le aplique la misma figura, siendo que es claro que ambos



emolumentos sufren las inclemencias de la devaluación de la moneda, como consecuencia del transcurso del tiempo.

Posición, que se ajusta a la orden emitida por la Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, en casos similares al presente, como la sentencia SL-4749 del 2018, en la que se puede apreciar que la orden del descuento de la indemnización se realiza bajo este mismo juicio, así se indica en la precitada sentencia:

“Se autorizará a la convocada a proceso a descontar del retroactivo, lo pagado por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes que asciende a \$5'262.797,00, suma que deberá ser indexada.” (subrayado fuera de texto)

Implica lo aludido que los planteamientos formulados en la alzada por el libelista carecen de cualquier vocación de prosperidad, por lo que se mantendrá incólume la orden de descuento de la indemnización sustitutiva formulada por la falladora de primera instancia, en los términos que se indicó en el fallo de primera instancia.

c. Prescripción

Conforme lo dispuesto en el artículo 151 del C.P.T y la S.S, sabido es que en materia laboral y de seguridad social las acciones se encuentran sujetas a un término de trienal de prescripción, susceptible de interrumpirse por una única vez mediante la correspondiente reclamación.

En tal sentir, habida consideración que el derecho pensional alegado, quedó causado el 18 de abril de 1994 y el demandante solicitó el reconocimiento del derecho pensional el 28 de septiembre de 1994, obteniendo una respuesta desfavorable mediante la Resolución No 003114 de 1995 (Fl 72), la cual no se evidencia que haya sido recurrida, es patente que radicada la demanda hasta el 19 de marzo del 2019 (Fl 18), alcanzó a operar el fenómeno jurídico de la prescripción, frente a todas y cada una de las mesadas pensionales causadas con antelación al 19 de marzo del 2016, como se determinó en primera instancia.

d. Costas

Finalmente, respecto a la solicitud de la pasiva, consistente en que no se formule condena en su contra por concepto de costas procesales, basta indicar que la Sala no pudo relevarla de tal obligación, como quiera que las costas operan de forma objetiva acorde lo dispuesto por el artículo 365 del C.G.P, aplicable a los juicios



laborales por remisión expresa del artículo 145 del C.P.T y la S.S; con fundamento en el cual, las mismas deben ser asumidas por la parte vencida en juicio, en este caso Colpensiones.

De cara a lo enunciado en líneas precedente se confirmará la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia.

V. DECISIÓN:

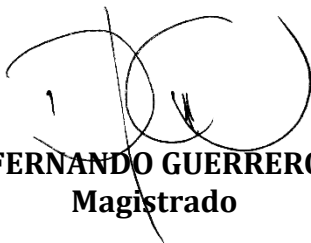
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

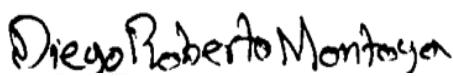
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 14 de julio del 2020 por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

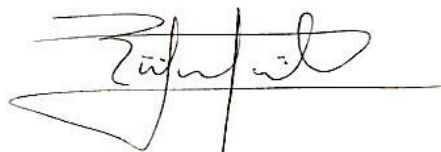
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



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 00221 01
Demandante: CARLOS ENRIQUE PIÑEROS SALAMANCA
Demandado: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
 COLPENSIONES
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de enero de dos mil veinte (2020).

AUTO:

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar en el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante, la sentencia proferida el 28 de julio del 2020 por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *Carlos Enrique Piñeros Salamanca* presentó demanda ordinaria laboral en contra de *Colpensiones* a fin de obtener el reconocimiento y pago de la reliquidación



de la pensión mensual vitalicia de vejez, teniendo en cuenta el IBC de \$1.238.906 a partir del 23 de agosto del 2012; al pago del retroactivo de la reliquidación de la pensión mensual vitalicia de vejez a partir del 23 de agosto del 2012, fecha en que le fue concedida la pensión y hasta tanto subsistan las causas que le dieron origen; se ordene incluir en nómina mensual de pensionados el incremento a que tiene derecho, con base en el salario y tiempo realmente cotizado por el demandante, el pago de los intereses moratorios, la indexación de las sumas adeudadas, lo que resulte probado *ultra y extra petita*, junto con las costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones adujo que le fue concedida la pensión de vejez mediante la Resolución No. GNR 022489 del 4 de marzo del 2013, y que dicha pensión no fue calculada con el IBL, según los IBC y el número de semanas cotizadas.

De igual manera relata que agotó la reclamación administrativa.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas en su contra, por carecer las mismas de fundamento de orden legal y fáctico, aduciendo que *Colpensiones* efectuó el cálculo de la reliquidación de la pensión de vejez al actor, sin que se generaran valores a favor del mismo.

Formula como medios exceptivos los que denominó cobro de lo no debido, prescripción y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:



El Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 28 de julio del 2020, declaró que el demandante causó la pensión de vejez a partir del 25 de septiembre del 2012, declaró probada la excepción de prescripción frente al retroactivo pensional y la de cobro de lo no debido, además condenó en costas al demandante.

Como sustento de su decisión indicó que por activa se aduce que el valor del IBL corresponde a \$1.238,906, no obstante conforme el reporte de semanas cotizadas en pensiones actualizado al 5 de agosto de 2019, el demandante cotizó 1.172.29 semanas desde el 1º de marzo de 1980 al 24 de septiembre de 2012, paralo cual no se debe tener en cuenta el tiempo servido en la FAC, y teniendo en cuenta lo cotizado durante los últimos 10 años de cotización, esto es del 25 de julio de 2002 al 24 de septiembre de 2012, arroja como IBL la suma de \$1.139.335, al cual se le aplica una tasa de reemplazo del 84%, obteniendo una mesada pensional de \$957,041.75 suma inferior a la que le reconoció *Colpensiones* en la resolución GNR 022489 del 4 de marzo del 2013, pues esa entidad le reconoció la suma de \$991,645.

Advierte que al revisar la liquidación realizada por el demandante se incurre en error en la cotización del mes de diciembre del año 2005, pues se relaciona la suma \$8,929,721 cuando conforme al reporte de semanas actualizado al 5 de agosto de 2019, el aporte de dicho periodo fue de \$830,000, sin encontrar la suma relacionada por el demandante en ninguna documental.

Frente a la fecha de causación estimó que el actor cumplió con el requisito de edad el 23 de agosto del año 2012, pues nació el 23 de agosto de 1952, fecha para la cual contaba con la densidad de semanas necesarias para adquirir la pensión bajo los presupuestos del Acuerdo 049 del 90, hecho que se dejó sentado al momento en que



se le reconoció la prestación económica por parte de *Colpensiones* mediante Resolución GNR 022489 del 4 de marzo del 2013, no obstante lo anterior, aunque se evidencia que la demandada tuvo como fecha de efectividad de la prestación el 16 de noviembre de 2012, esto no significa que en ese momento el demandante hubiera acreditado la fecha de desafiliación o en su defecto su intención de no cotizar más al Sistema para entrar a disfrutar la pensión reconocida, pues como quedó plenamente demostrado, su última cotización la hizo el 24 de septiembre de 2012. Ahora, conforme a la resolución GNR 1677 del 10 de diciembre del 2012, el demandante solicitó el reconocimiento de la pensión el 10 de septiembre de 2012, lo cual evidencia que cuando *Colpensiones* le reconoció la prestación, esto es el 4 de marzo de 2013, ya se podía advertir la intención del actor de no seguir cotizando, pues se reitera, la última cotización la realizó el 24 de septiembre de 2012, por tanto la pensión debió reconocerse a partir del 25 de septiembre de 2012 lo cual arrojaría un retroactivo a favor del demandante que se causaría desde el 25 de septiembre de 2012 al 15 de noviembre de 2012.

Sin embargo, el mismo se encuentra prescrito, por cuanto al demandante le fue reconocida la pensión de vejez mediante la Resolución GNR 022489 del 4 de marzo del 2013, la que fue notificada el 11 de marzo de esa misma anualidad, y si bien el 26 de agosto solicitó la reliquidación de la pensión solo hasta el 6 de septiembre de 2016 petitionó que la pensión le fuere reconocida desde el 23 de agosto del 2012 cuando ya había transcurrido el término señalado en la artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., prestación que valga la pena indicar le fue negada mediante la Resolución GNR 314390 del 25 de octubre del 2016, que obra a folios 30 a 33 y BPB 45178 del 20 de diciembre de 2016, la demanda la presentó el 22 de marzo de 2019, sin embargo, como se indicó en precedencia cuando reclamó retroactivo esto es el 6 de septiembre de 2016 ya habían transcurrido los tres años que refiere el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, en esa medida el despacho



declarará probada la excepción de prescripción respecto del retroactivo solicitado del 25 de septiembre de 2012 al 15 de noviembre de esa anualidad.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como quiera que la sentencia fue totalmente adversa a las pretensiones del demandante, a la luz de lo reglado por el artículo 69 del C.P.T y la S.S se impone el análisis de la presente providencia 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

Conforme a los argumentos expuestos en el recurso de alzada, el objeto del presente debate se centra en establecer si la demandante tiene derecho a la reliquidación de la pensión de vejez y la modificación de la fecha de disfrute de la misma.

c. De la calidad de pensionado

No es objeto de debate que el demandante obtuvo el reconocimiento y pago de la pensión de vejez mediante la Resolución No. 2012_1532294 a partir del 16 de noviembre del 2012, en cuantía igual a \$968.025. Prestación que le fue concedida



acorde lo reglado en el Decreto 758 de 1990, por ser beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 (Fls. 11-12).

d. De la fecha de Disfrute de la Pensión

Sobre este tópico, se tiene sentado que en materia pensional la fecha de causación de la pensión difiere de la fecha de disfrute de la misma, tratándose la primera, de la calenda en la cual el afiliado acredita los requisitos de edad y densidad de semanas exigidos por el legislador para acceder al derecho pensional y la segunda, del momento a partir del cual tiene derecho a entrar a percibir dicho monto, como quiera que para ello se requiere tener en cuenta hasta la última semana de cotización y se requiere verificar el retiro del sistema, acorde lo dispone el artículo 35 del Decreto 758 de 1990.

Al margen de lo enunciado, también debe recordar la Sala que la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, de vieja data tiene puntualizado que la fecha de disfrute puede ser anterior al momento en el cual se efectuó la última cotización, en aquellos casos en que se logre corroborar que el afiliado continuó realizando el pago de los aportes por un error de la Administradoras, ante la negativa de conceder el derecho pensional o cuando quiera que se denote que el afiliado realizó cualquier tipo de conducta tendiente a no continuar con las cotizaciones. Criterio vertido entre otras, en la sentencia SL-5603 del 2016, en la que indicó:

“El problema jurídico que debe dilucidar la Corte se contrae a determinar si la interpretación de lo dispuesto en los arts. 13 y 35 del A. 049/1990, no admite otro entendimiento diferente a que, bajo cualquier circunstancia, el disfrute de la pensión está condicionado a la desafiliación formal del sistema.

“Es cierto que la aplicación del método interpretativo gramatical o textual arroja el resultado señalado por el recurrente, en el sentido que la percepción



de la pensión está supeditada a la desvinculación del régimen, lectura que ha sido ampliamente respaldada por la jurisprudencia de esta Corporación.

No obstante lo anterior, esta Sala, en situaciones particulares, en las cuales la utilización de la regla de derecho de la interpretación textual ofrece soluciones insatisfactorias en términos valorativos, ha acudido a otras alternativas hermenéuticas para dar respuesta a esos casos que, por sus peculiaridades, ameritan una solución diferente.

“Así, por ejemplo, en tratándose de eventos en los que el afiliado ha sido conminado a seguir cotizando en virtud de la conducta renuente de la entidad de seguridad social a reconocer la pensión, que ha sido solicitada en tiempo, la Corte ha estimado que la prestación debe reconocerse desde la fecha en que se han completado los requisitos (CSJ SL, 1º sep. 2009, rad. 34514; CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 6 jul. 2011, rad. 38558; CSJ SL, 15 may. 2012, rad. 37798).

“También, en contextos en los cuales la conducta del afiliado denota su intención de cesar definitivamente las cotizaciones al sistema, se ha considerado que la prestación debe ser pagada con antelación a la desafiliación formal del sistema (CSJ SL, 20 oct. 2009, rad. 35605; CSJ SL4611-2015, en esta última, si bien fueron consideraciones efectuadas en sede de instancia, la Corte ahora las reitera en sede de casación).

“En este orden, podría decirse que si bien la regla general sigue siendo la desvinculación del sistema como requisito necesario para el inicio de la percepción de la pensión, existen situaciones especiales que ameritan reflexiones igualmente particulares, y que deben ser advertidas por los jueces en el ejercicio de su labor de dispensar justicia.

“Este ejercicio de búsqueda de soluciones proporcionales y coherentes valorativamente, no implica una transgresión a las reglas metodológicas de interpretación jurídica. Antes bien, parte del correcto entendimiento que la utilización de las reglas interpretativas excluye su aplicación aislada y descontextualizada de los elementos externos. Además, en el sistema legal, la hermenéutica jurídica no se agota en la gramática o el análisis del lenguaje de los textos, pues existen otros métodos igualmente válidos que deben ser conjugados y armonizados para desentrañar el contenido de las disposiciones legales.

“En este sentido, mal haría el juzgador, excusado en que la norma es «clara» y en la idea errada subyacente de la infalibilidad del legislador, llegar a soluciones abiertamente incompatibles y desalineadas frente a lo que



constituye el marco axiológico del ordenamiento jurídico. Por esto, un adecuado ejercicio hermenéutico debe integrar las distintas reglas de interpretación y los factores relevantes de cada caso, en procura de ofrecer soluciones aceptables y satisfactorias.

“Así las cosas, en el sub examine, el Tribunal no se equivocó al generar un espacio en favor de una lectura distinta a aquella según la cual el retiro formal del sistema es condición necesaria para el disfrute de la pensión. Su conducta, consistente en revisar las peculiaridades del caso sometido a su escrutinio, es en un todo aceptable, pues como en innumerables oportunidades lo ha reiterado esta Sala «si bien, los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, consagra 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» (CSJ SL, 1º sep. 2009, rad. 34514, reiterada en CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 6 jul. 2011, rad. 38558; CSJ SL, 15 may. 2012, rad. 37798).”

Bajo este contexto, se observa en el *sub-lite* que el demandante arribó a los 60 años de edad el 23 de agosto del 2012 (Fl 9) y realizó su última cotización el 31 de octubre de 2012, no obstante solicitó de forma primigenia el reconocimiento pensional el día 10 de septiembre del 2012, mismo que fue desatado desfavorablemente por la pasiva mediante la Resolución No. GNR16777 del 10 de diciembre del 2012, la cual recurrió el 26 de diciembre del 2012, dando lugar a su revocatoria y el reconocimiento de la prestación mediante la Resolución No. 2012_1532294.

Dimana de lo enunciado que la pensión debió ser concedida por lo menos desde el 10 de septiembre del 2012, data en la cual, con la presentación de la reclamación administrativa acredita su intención de cesar con su afiliación y obtener el reconocimiento pensional, mismo que no se dio inicialmente, por la negativa de la pasiva.



Implica lo enunciado que le asistía el derecho al reconocimiento del retroactivo pensional causado del 10 de septiembre del 2012 al 15 de noviembre de la misma anualidad, como quiera que la pensión tan solo vino a ser concedida a partir de esta última fecha.

e. De la reliquidación Pensional

Peticiona el libelista la reliquidación pensional, por cuanto estima que el IBL que tuvo en cuenta la encartada fue inferior al que en derecho corresponde. 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 hiciere 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 hiciere 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 falta 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 1473 semanas, acorde lo reconoce la encartada en la Resolución GNR 314390 del 25 de octubre del 2016.

Sin que se pueda descartar el tiempo laborado para las FAC del 21 de febrero de 1969 al 10 de diciembre de 1970 y del 11 de diciembre de 1970 al 1º de noviembre de 1974, como lo hizo el *a-quo*, por cuando no es cierto que dicho punto no sea objeto de debate, en tanto el pedimento estriba en que el IBL calculado por la pasiva fue indebidamente calculado y el demandante no enuncia que el mismo deba ser liquidado teniendo en cuenta de forma exclusiva los tiempos cotizados al ISS. Adicionalmente, en reciente jurisprudencia la H. Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral ha sido conteste al afirmar que en tratándose de pensiones concedidas con arreglo al Acuerdo 049 de 1990, si es posible tener en cuenta a más de los periodos



cotizados los tiempos públicos laborados, así en sentencia SL-1981 del 2020, precisó:

“De acuerdo con los anteriores argumentos, la Corte Suprema de Justicia abandona su criterio mayoritario conforme al cual el Acuerdo 049 de 1990, aplicable en virtud del régimen de transición, solo permite sumar cotizaciones realizadas exclusivamente al ISS y, en su reemplazo, postula que sí es posible para efectos de obtener la pensión por vejez prevista en ese reglamento, contabilizar las semanas laboradas en el sector público, sufragadas o no a una caja, fondo o entidad de previsión social. En consecuencia, todos los tiempos laborados, sin distinción al tipo de empleador o si fueron objeto de aportes a pensión o no, son válidos para efectos pensionales.”

Caso contrario, en lo que respecta a la tasa de reemplazo no discute el demandante que esta debe ser del 84%, como en efecto lo determinó la pasiva y por lo tanto, el monto de la pensión será calculado teniendo en cuenta el mismo.

Así pues, procedió la Sala con ayuda del grupo liquidador a efectuar la liquidación el IBL teniendo en cuenta toda la vida laboral y los 10 últimos años, logrando determinar que le resultaba más favorable aplicar el IBL de los últimos 10 años, al cual, una vez aplicada la tasa de reemplazo nos arroja un total de \$966.883,40. Conforme se puede verificar en los siguientes cuadros:

Cálculo Toda la vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
1970	31	0,162	109,16	672,989	\$ 1.100,00	\$ 740.287,43	\$ 764.963,67
1971	365	0,173	109,16	631,431	\$ 1.100,00	\$ 694.574,28	\$ 8.450.653,77
1972	366	0,197	109,16	553,730	\$ 1.100,00	\$ 609.103,29	\$ 7.431.060,10
1973	365	0,225	109,16	485,761	\$ 1.100,00	\$ 534.337,60	\$ 6.501.107,50
1974	334	0,279	109,16	391,479	\$ 1.320,00	\$ 516.752,92	\$ 5.753.182,55
1980	306	1,024	109,16	106,554	\$ 5.790,00	\$ 616.946,87	\$ 6.292.858,04
1981	365	1,289	109,16	84,665	\$ 7.023,37	\$ 594.630,85	\$ 7.234.675,30



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

1982	365	1,630	109,16	66,950	\$ 9.480,00	\$ 634.688,21	\$ 7.722.039,83
1983	234	2,022	109,16	53,979	\$ 11.252,44	\$ 607.393,96	\$ 4.737.672,90
1984	289	2,359	109,16	46,279	\$ 11.850,00	\$ 548.409,88	\$ 5.283.015,18
1988	354	5,124	109,16	21,301	\$ 25.530,00	\$ 543.827,26	\$ 6.417.161,69
1989	241	6,566	109,16	16,626	\$ 39.310,00	\$ 653.553,80	\$ 5.250.215,51
1990	109	8,281	109,16	13,182	\$ 47.503,21	\$ 626.191,64	\$ 2.275.162,95
1991	244	10,961	109,16	9,959	\$ 54.630,00	\$ 544.043,28	\$ 4.424.885,37
1992	196	13,901	109,16	7,852	\$ 79.290,00	\$ 622.615,64	\$ 4.067.755,53
1993	365	17,395	109,16	6,275	\$ 88.239,37	\$ 553.718,94	\$ 6.736.913,71
1994	305	21,328	109,16	5,118	\$ 108.675,49	\$ 556.211,52	\$ 5.654.817,12
1995	300	26,147	109,16	4,175	\$ 119.000,00	\$ 496.797,71	\$ 4.967.977,15
1996	360	31,237	109,16	3,494	\$ 142.125,00	\$ 496.653,00	\$ 5.959.836,01
1997	182	37,997	109,16	2,873	\$ 176.902,75	\$ 508.210,99	\$ 3.083.146,67
1999	144	52,185	109,16	2,092	\$ 260.000,00	\$ 543.854,08	\$ 2.610.499,58
2001	142	61,989	109,16	1,761	\$ 643.080,07	\$ 1.132.409,26	\$ 5.360.070,52
2002	360	66,729	109,16	1,636	\$ 770.250,00	\$ 1.260.000,57	\$ 15.120.006,85
2003	360	71,395	109,16	1,529	\$ 846.000,00	\$ 1.293.465,80	\$ 15.521.589,63
2004	360	76,029	109,16	1,436	\$ 918.583,33	\$ 1.318.838,82	\$ 15.826.065,88
2005	360	80,209	109,16	1,361	\$ 826.583,33	\$ 1.124.909,39	\$ 13.498.912,70
2006	360	84,103	109,16	1,298	\$ 699.083,33	\$ 907.342,20	\$ 10.888.106,35
2007	360	87,869	109,16	1,242	\$ 980.250,00	\$ 1.217.739,89	\$ 14.612.878,68
2008	360	92,872	109,16	1,175	\$ 943.041,67	\$ 1.108.403,71	\$ 13.300.844,53
2009	360	100,000	109,16	1,092	\$ 1.067.416,67	\$ 1.165.164,28	\$ 13.981.971,37
2010	339	102,002	109,16	1,070	\$ 977.123,89	\$ 1.045.670,72	\$ 11.816.079,10
2011	325	105,237	109,16	1,037	\$ 1.011.553,85	\$ 1.049.242,19	\$ 11.366.790,34
2012	264	109,157	109,16	1,000	\$ 1.221.181,82	\$ 1.221.181,82	\$ 10.746.400,00
Total días	9770	Total devengado actualizado a:				2012	\$ 263.659.316,08
Total semanas	1395,71	Ingreso Base Liquidación					\$ 809.598,72
Total Años	26,95	Porcentaje aplicado					84%
		Primera mesada					\$ 680.062,92
		Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año				2012	\$ 566.700,00

Cálculo Ultimos Diez Años de Vida Laboral



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
2002	152	66,729	109,16	1,636	\$ 792.276,32	\$ 1.296.031,95	\$ 6.566.561,88
2003	360	71,395	109,16	1,529	\$ 846.000,00	\$ 1.293.465,80	\$ 15.521.589,63
2004	360	76,029	109,16	1,436	\$ 918.583,33	\$ 1.318.838,82	\$ 15.826.065,88
2005	360	80,209	109,16	1,361	\$ 826.583,33	\$ 1.124.909,39	\$ 13.498.912,70
2006	360	84,103	109,16	1,298	\$ 699.083,33	\$ 907.342,20	\$ 10.888.106,35
2007	360	87,869	109,16	1,242	\$ 980.250,00	\$ 1.217.739,89	\$ 14.612.878,68
2008	360	92,872	109,16	1,175	\$ 943.041,67	\$ 1.108.403,71	\$ 13.300.844,53
2009	360	100,000	109,16	1,092	\$ 1.067.416,67	\$ 1.165.164,28	\$ 13.981.971,37
2010	339	102,002	109,16	1,070	\$ 977.123,89	\$ 1.045.670,72	\$ 11.816.079,10
2011	325	105,237	109,16	1,037	\$ 1.011.553,85	\$ 1.049.242,19	\$ 11.366.790,34
2012	264	109,157	109,16	1,000	\$ 1.221.181,82	\$ 1.221.181,82	\$ 10.746.400,00
Total días	3600	Total devengado actualizado a:				2012	\$ 138.126.200,46
Total semanas	514,29	Ingreso Base Liquidación					\$ 1.151.051,67
Total Años	10,00	Porcentaje aplicado					84%
		Primera mesada					\$ 966.883,40
		Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año 2012					\$ 566.700,00

Siendo ello así, como quiera que a la demandante le fue concedida la pensión en cuantía igual a \$968.025, esto es, por un monto superior al determinado en la liquidación efectuada, claro resulta que no hay lugar a la reliquidación anhelada conforme lo indica el fallador de primera instancia.

PRESCRIPCIÓN:

En lo que a la prescripción respecta, se recuerda que conforme lo dispuesto en el artículo 151 del C.P.T y la S.S, el fenómeno jurídico de la prescripción en material



laboral opera de forma trienal, el cual solo es susceptible de interrumpir por una única vez mediante la presentación de la respectiva reclamación administrativa.

Siendo ello así, como quiera que la pensión vino a ser concedida mediante la Resolución No. 2012_1532294 del 10 de diciembre del 2012 (Fls 11-13), presentando el demandante la reclamación administrativa primigenia hasta el 6 de septiembre del 2016 (Fl 25); claro resulta que para entonces ya había operado el fenómeno jurídico de la prescripción frente a las mesada pensionales causadas del 10 de septiembre al 15 de noviembre del 2012, resultando acertada la decisión del a-quo frente a este aspecto.

Deviene de las explicaciones hasta aquí dadas, la indudable confirmación de la providencia que fuere emitida en primera instancia.

SIN COSTAS en este grado jurisdiccional de consulta.

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 por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá el 28 de julio del 2020, dentro del asunto de la referencia, acorde a los argumentos expresados en la parte motiva de la presente providencia.



SEGUNDO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional de consulta.

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 110013105 005 2019 00 100 01
Demandante: ADRIANA PATRICIA PÉREZ
Demandado: COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por *Colpensiones*, en contra de la sentencia proferida el 21 de septiembre de 2020, por el Juzgado Quinto 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 *Adriana Patricia Pérez*, formuló demanda ordinaria laboral en contra de *Colpensiones* y la *AFP Colmena*, hoy *Protección S.A.*, a efectos de que se declare la nulidad de traslado del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad promovido por la AFP accionada.

En consecuencia, se condene a la *AFP Protección S.A.*, a trasladar el saldo de su cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos, bonos pensionales y sumas adicionales con sus respectivos intereses a *Colpensiones*. Adicionalmente, solicita que se ordene a *Colpensiones* a tenerla como válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, se condene a las demandadas a 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 día 04 de julio de 1965 y para la fecha de presentación de la demanda contaba con 54 años de edad. Afirma que se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida el 28 de julio de 1987, en donde realizó sus aportes hasta el día 31 de agosto de 1997, data en la que contaba con 366, 43 semanas cotizadas.

Además, menciona que el 21 de agosto de 1997 el fondo de pensiones y cesantías *Colmena*, hoy *Protección S.A.*, le ofreció trasladarse de régimen de pensiones, sin embargo, al momento de llevar acabo la suscripción del formulario de afiliación se omitió por parte del fondo privado explicar las desventajas del cambio, las diferencias entre uno y otro régimen, las modalidades pensionales existentes en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, condiciones de edad, manejo de los rendimientos financieros, disminución del valor de la mesada pensional en relación con las fluctuaciones del mercado, ni se le advirtió sobre la imposibilidad de cambio de régimen en cualquier tiempo.

Adiciona que de haber recibido la información necesaria, suficiente, eficaz, completa, oportuna y comprensible acerca de las reales implicaciones de su decisión, no se habría trasladado. Finalmente, asevera que presentó solicitud de retorno al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, la cual fue negada.

Posteriormente elevó derecho de petición ante *Protección S.A.* para que se realice cálculo de su mesada pensional, en donde se le comunica un valor que se obtuvo sobre bases fluctuantes, situación que tampoco se le señaló al momento del cambio.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones, al dar contestación al escrito de demanda se opuso a todas y cada una de las pretensiones, señalando que las mismas carecen de todo sustento fáctico y legal. Afirma que el traslado realizado por la actora al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se efectuó de manera libre y voluntaria, por tal motivo es plenamente válido, además, no se encuentra inmerso en ninguna causal que conlleve a la nulidad o ineficacia del traslado. Asimismo, la accionante deberá probar el engaño alegado de conformidad a lo dispuesto en el artículo 167 del Código General del Proceso.

Adicionalmente, manifiesta que la administradora no tuvo injerencia en el negocio jurídico celebrado entre la *AFP Colmena*, hoy *Protección S.A.* y la señora *Adriana*



Patricia Pérez, razón por la que el eventual traslado afectaría sus intereses y conllevaría a la descapitalización del fondo público.

Propuso y sustentó 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, *Protección S.A.*, en su escrito de contestación se opone a las pretensiones indicando que el negocio jurídico celebrado con la accionante es un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Además, a la actora se le efectuó una asesoría objetiva e integral, donde se le pusieron de presente las características de ambos regímenes y sus diferencias, a raíz de ello, la demandante decidió trasladarse a la *AFP Colmena*, hoy *Protección S.A.*, de manera libre, voluntaria e informada plasmando su firma en el formulario de afiliación en señal de conocimiento y aceptación.

Por otra parte, la señora *Adriana Patricia Pérez* tuvo distintas oportunidades para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, como lo es el derecho de retracto; el establecido en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2º de la Ley 797 del 2003 y el año de gracia otorgado por el artículo 1º del Decreto 38010 de 2003, sin que hubiese hecho uso de tales facultades.

Propuso y sustentó las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, y la innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 21 de septiembre del 2020, declaró la nulidad del traslado realizado por la señora *Adriana Patricia Pérez* a través de la *AFP Colmena*, hoy *Protección S.A.*, por lo que ordenó a la *AFP* trasladar a *Colpensiones* el valor de las cotizaciones efectuadas junto con rendimientos, frutos e intereses, ordenando a su vez a la última referenciada recibir los aportes de la demandante y actualizar su historia laboral y condenó en costas a *Protección S.A.*



Sustentó su decisión en lo dispuesto por la Corte Constitucional en sentencia C-345 de 2017, atinente al régimen de nulidades de los actos y contratos en cuyo perfeccionamiento ha concurrido un vicio del consentimiento; señala que los defectos en la expresión de la voluntad como consecuencia de error, dolo o fuerza, impactan negativamente la libertad individual, ya que impiden que el consentimiento se preste de manera auténtica y espontáneamente, atentando contra la autonomía privada, creando una apariencia de realidad, coaccionando al sujeto a someterse a una relación contractual que no consentiría si tuviera plena libertad.

Manifiesta que de conformidad a los criterios desarrollados por el máximo órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, la acción de ineficacia no está sujeta a los términos trienales establecidos en la norma sustanciales y procesales laborales y para los que se mantienen en la tesis de la nulidad como el *a quo*, tampoco estará sujeto a la prescripción cuatrienal del 1750 del Código Civil, esto dada su estrecha relación con el derecho irrenunciable a la Seguridad Social establecido en el artículo 48 Superior.

En cuanto a la carga de la prueba, sostiene que la jurisprudencia ha señalado que se invierte a cargo de las AFP, por tanto, son ellas las que deben demostrar cuál fue la información brindada a sus afiliados. Además, que el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 que para la fecha del traslado estaba vigente, estableció un deber de información cualificado, suficiente, amplio y oportuno, obligación que no se cumplió en el presente proceso. Adicionalmente, señaló que del interrogatorio de parte practicado no se puede extraer ninguna confesión que perjudique a la demandante, pues fue *Protección S.A.*, quien ignoró el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, en tal sentido la carga de la prueba no estuvo satisfecha en el juicio.

Finalmente, aduce que la consecuencia jurídica que conlleva lo anteriormente expuesto es la nulidad del traslado de conformidad a lo consagrado en el artículo 1511 del Código Civil, es decir, por un error de hecho en el objeto, ya que la demandante por más de 20 años ha estado equivocada pensando que el objeto de su contrato era una cosa diferente.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Colpensiones mediante recurso de alzada refiere que dentro del proceso no se vislumbra ningún vicio del consentimiento que conlleve a la declaratoria de la nulidad de traslado, toda vez que según se desprende de las pruebas allegadas y del



interrogatorio de parte practicado, el cambio de régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad se efectuó de manera libre y voluntaria, e inclusive, la actora ya se encuentra inmersa en la prohibición legal de que trata el artículo 2º de la Ley 797 del 2003.

Por otro lado, expone que no tuvo ninguna injerencia en el negocio jurídico celebrado entre la demandante y la *AFP*, por lo tanto, de conformidad al artículo 1602 del Código Civil las consecuencias jurídicas solo deben operar en contra de estas y no a frente a *Colpensiones*. De igual forma, refiere que la accionante no demostró una falta al deber de información de conformidad a la carga de la prueba que le asiste según lo previsto en el artículo 167 del Código General del Proceso, por el contrario, dentro del interrogatorio de parte confesó que *Colmena*, hoy *Protección S.A*, le brindó toda la información.

Asimismo, la demandante debió consultar por cuenta propia sobre los beneficios y condiciones, características, ventajas y desventajas del régimen al cual se afilió, máxime cuando aquel y el de Prima Media con Prestación Definida se encuentran previstos en la Ley 100 de 1993, así, en el caso particular se configura un error de derecho que no vicia el consentimiento.

Finalmente, expone que la demandante confesó que busca una prestación más favorable dentro del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, por tanto, al acceder al traslado se violaría el principio de sostenibilidad financiera previsto en el artículo 48 de la Constitución Política, pues si bien se están recibiendo aportes, frutos y todo lo que corresponde a la cuenta de ahorro individual de la actora, a futuro no sería rentable y se estaría descapitalizando el Sistema de Seguridad Social.

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 suscrito por la demandante el día 21 de agosto de 1997 ante la AFP Colmena, hoy Protección S.A. (Fls. 15) 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”.*



Por otro lado, en el interrogatorio de parte rendido por la señora *Adriana Patricia Pérez* manifestó que inicialmente estuvo afiliada al Instituto de Seguros Sociales; que el 21 de agosto de 1997 recibió una visita por parte de *Colmena*, quienes le indicaron que a raíz de focos de corrupción al interior del Instituto de Seguros Sociales este se liquidaría y por ende iba a perder las semanas cotizadas, así que era conveniente realizar el traslado a la AFP. Por lo anterior, de forma voluntaria, sin ningún tipo de coacción o presión suscribió el formulario de afiliación aceptando efectuar el cambio de régimen por medio de *Colmena*; que, tras un proceso interno de transición en la entidad, esta pasó a llamarse *Protección S.A.*, generando automáticamente el traslado sin su autorización.

Afirma que leyó el formato de afiliación, sin embargo, no entendió muchos de sus términos. Manifiesta que en el fondo privado le ofrecieron mejor rentabilidad pues sus aportes generarían rendimientos, le indicaron que podía pensionarse a una edad aproximada de 50 años, podía retirar sus ahorros en cualquier momento y recibiría una mesada equivalente al triple de lo que devengaba para la fecha del traslado. Aduce que en ningún momento le hicieron una proyección de su mesada, no le explicaron que el capital podría ser heredado en el eventual caso de su fallecimiento, tampoco le indicaron las características de la rentabilidad, ni que tenía un tiempo determinado para efectuar cambio de fondo de pensiones o régimen.

Nótese entonces que la demandante en su interrogatorio de parte no confesó que se hubiere cumplido con el deber de información por parte de la *AFP Colmena* hoy *Protección S.A.*, por el contrario, sus afirmaciones denotan que mantiene una información tergiversada sobre las características de los regímenes pensionales y las condiciones para acceder a una pensión, si bien confiesa que realizó el traslado de manera libre y voluntaria, esto no es óbice para que el fondo privado se sustraiga de su obligación, con mayor razón cuando la carga de la prueba está en cabeza de las entidades administradoras de pensiones, así que no es admisible trasladarla a sus afiliados como lo pretende *Colpensiones* en su recurso de alzada.

Además, en cuanto al comunicado de prensa (Fls. 128-129), es de anotar que no supe el deber de información que se le endilga a la *AFP*, máxime cuando el mismo solo refiere la posibilidad de traslado, más no al tema que nos ocupa que es el deber de información suficiente, veraz y oportuno brindado a la accionante al momento de realizar su traslado entre regímenes.

Ahora bien, lo anterior implica 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.

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, 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 asiste razón a Colpensiones 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 suplen las cargas 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 han efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Por otro lado, cabe recordar que, de conformidad a lo establecido por la Corte Suprema de Justicia en su Sala 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, el estudio del presente caso se debió abordar desde la institución de la ineficacia tal como lo prevé el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 más no desde el régimen de las nulidades sustanciales, así, atendiendo tal precepto y los lineamientos jurisprudenciales en precedencia, se modificará parcialmente la decisión del juez de primera instancia en el sentido de declarar la ineficacia del traslado.

Finalmente, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, 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.»*

De esa forma, la declaratoria de ineficacia de traslado se puede solicitar en cualquier momento y además es independiente del término establecido en el artículo 2º de la Ley 797 del 2003, en cuanto no se busca realizar un traslado entre regímenes, sino la ineficacia de un traslado efectuado con anterioridad, por tanto, resulta no probada la excepción formulada por *Colpensiones*.

Como corolario de lo anterior, se modificará parcialmente 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 D.C.**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR PARCIALMENTE el numeral **PRIMERO** de la sentencia proferida el 21 de septiembre de 2020 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de declarar la **INEFICACIA** de la afiliación efectuada por la señora *Adriana Patricia Pérez* ante *Colmena* hoy *Protección S.A.*, el 21 de agosto de 1997, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.



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 25 2019 00043 01
Demandante: LUIS EDUARDO URREGO TORRES
Demandado: COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021).

AUTO:

Se reconoce personería a la abogada Alida del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con cédula de ciudadanía No. 37.627.008 y T.P. 221.228 del C.S. de la Judicatura, para actuar en representación de Colpensiones, conforme a los términos y facultades del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 30 de octubre de 2020 por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *Luis Eduardo Urrego Torres*, formuló demanda ordinaria laboral en contra de *Colpensiones*, con la finalidad que se declare que es beneficiario del régimen de transición regulado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Por consiguiente, se le condene a la encartada a reliquidar su mesada pensional incluyendo todos los factores salariales que fueron devengados de manera habitual y periódica tales como sueldos, bonificación por servicios prestados, reajustes, prima de servicios, prima de navidad, prima de vacaciones, prima técnica, prima de antigüedad, dominicales, festivos, horas extras, recargos, los cuales fueron devengados durante los últimos diez años de servicios.



Asimismo, se condene a la entidad a reliquidar su pensión de jubilación a partir del 1º de junio de 2011, con el 75% del IBL del promedio devengado de manera indexada, junto con el correspondiente retroactivo, intereses moratorios, lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*, y costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, refirió que nació el 7 de junio de 1953, por lo que cumplió los 55 años de edad el mismo mes y día de 2008.

Que es beneficiario del régimen de transición regulado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ya que a la entrada en vigencia de dicha disposición normativa contaba con más de 40 años de edad, aunado a que laboró por el periodo comprendido entre el 25 de febrero de 1982 y el 31 de mayo de 2011, de ahí que haya acreditado más de 20 años de cotizaciones como Servidor Público, y 316 semanas como trabajador independiente.

Seguidamente, expuso que presentó traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 1º de agosto de 1999 hasta el 30 de noviembre de 2001 por intermedio de la *AFP Porvenir S.A.*, y desde el 1º de diciembre de 2004 hasta el 4 de diciembre de 2003 a través de la *AFP Colfondos S.A.*, retornándose nuevamente al Régimen de Prima Media con Prestación Definida el 7 de enero de 2004.

Que a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, contaba con más de 750 semanas, sumado a que *Colpensiones* mediante Resoluciones 313258 del 21 de noviembre de 2013 y 0171086 del 15 de mayo de 2014 negó la pensión, y en Resolución VPB del 26 de mayo de 2015, reconoció su pensión de vejez cuando cumplió la edad de 60 años.

Por último, expuso que el 23 de septiembre de 2017 solicitó la reliquidación de su prestación, y la encartada con Resolución SUB 220305 del 10 de octubre de 2017 la reliquidó bajo los preceptos de la Ley 797 de 2003, con una tasa de reemplazo del 64.24% y una mesada pensional de \$5.204.001, y en Resoluciones SUB 249709 del 8 de noviembre de 2017 y DIR 220305 del 17 de noviembre de 2017 confirmó la referida Resolución SUB 220305 del 10 de octubre de 2017.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:



Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones, resaltando que el demandante no es beneficiario del régimen de transición, por lo que la pensión que le fue reconocida se hizo bajo los preceptos de la Ley 797 de 2003, y el IBL correspondió al promedio de lo devengado durante los último diez años, prestación que se otorgó por intermedio de Resolución SUB 220305 del 10 de octubre de 2017.

Formuló las excepciones denominadas prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, buena fe, pago, y declaratoria de otras excepciones.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 30 de octubre de 2020, absolvió a la encartada de las pretensiones formuladas en su contra, declarando probadas las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria y buena fe.

Para arribar a dicha conclusión, refirió que el demandante al 1º de abril de 1994 contaba con 40 años de edad, por lo que en principio le era aplicable el régimen de transición, pero al haber presentado traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de las AFP *Porvenir S.A.* y *Colfondos S.A.*, y retornándose nuevamente al Régimen de Prima Media con Prestación Definida en su caso administrado por *Colpensiones*, debió acreditar quince años o 750 semanas a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, que para el caso del actor por laborar en una entidad del orden territorial, la transición empezó a regir a partir del 1º de julio de 1995, calenda para la cual contaba con 647.13 semanas.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandante inconforme con la decisión la apeló. Argumentó que debe prosperar el pago de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, por cuanto *Colpensiones* le reconoció pensión de vejez según los apremios de la Ley 797 de 2003, luego de que fuese presentada la reclamación administrativa, transcurriendo varios años para el reconocimiento de la prestación por parte de la entidad, por lo que se excedió el periodo de gracia de los cuatro meses.

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 establecerse si es procedente el reconocimiento y pago de los intereses moratorios regulados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

c. Del caso en concreto:

Sea lo primero indicar, que no fue objeto de reproche que *Colpensiones* mediante Resoluciones GNR 313258 del 21 de noviembre de 2013 y GNR 124513 del 11 de abril de 2014 (Fls. 42 a 45 y 47 a 49), negó el reconocimiento y pago de la pensión del demandante, bajo el entendido que, por haberse traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y nuevamente haberse retornado al último referido, conforme a los parámetros legales y jurisprudenciales había perdido el régimen de transición regulado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Tampoco el hecho que la encartada a través de la Resolución VPB 45526 del 26 de mayo de 2015 reconoció pensión de vejez al demandante en los términos regulados en la Ley 797 de 2003, a partir del 7 de junio de 2013, en cuantía inicial de \$4.208.225 (Fls. 36 a 40), y en Resolución SUB 220305 del 10 de octubre de 2017, reliquidó la prestación en cuantía inicial de 4.361.661 (Fls. 51 a 57).

Ahora bien, se rememora que la decisión del *a-quo* fue negar el derecho a la reliquidación pensional del señor *Luis Eduardo Urrego Torres*, por cuanto había perdido el régimen de transición como consecuencia del traslado efectuado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y al retornar nuevamente no acreditó a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, que para su especialísimo caso fue el 1º de julio de 1995 por haber laborado en un ente de orden territorial, quince años de servicios atendiendo los postulados jurisprudenciales de la sentencia C - 1024 de 2004.



La anterior negativa por el fallador de instancia no fue discutida por la parte demandante, ya que el motivo de la alzada se argumentó sobre la falta de pago de los intereses moratorios, pero con el argumento del retardo de la entidad para reconocer la prestación bajo los parámetros de la Ley 797 de 2003.

Se precisa que la condena perseguida por el actor para el pago de estos intereses se encontraba supeditada a que prosperara la pretensión principal, que como ya se dijo, se circunscribía a la declaratoria de que era beneficiario del régimen de transición y, por consiguiente, pretender la aplicabilidad de normas anteriores a la Ley 100 de 1993.

Bajo esta óptica, no puede pretenderse que en esta instancia se resuelva el derecho de unos intereses moratorios bajo la égida del reconocimiento pensional que le otorgó *Colpensiones* al demandante conforme lo regulado en la Ley 797 de 2003, pues se itera, lo que persigue en el recurso es una connotación totalmente distinta a lo pretendido con el escrito demandatorio, toda vez que los intereses expuestos en el *petitum* eran siempre y cuando prosperara la reliquidación pensional, situación que no sucedió, por lo que no puede estimar el apelante que deje de aplicarse al presente asunto principios rectores del derecho procesal, como lo es el de congruencia, basado en que las decisiones judiciales deben ser concordantes con los hechos y peticiones que se expongan en la demanda.

Aunado a lo anterior, se recuerda que por tratarse de un asunto de análisis en segunda instancia, existe una prohibición legal para fallar de manera *ultra* y *extra petita*, como así lo ha dejado sentando la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en diferentes decisiones, como lo son las sentencias SL4906-2020, Radicación No. 72203 del 9 de diciembre de 2020, SL4885-2020, Radicación No. 72514 del 24 de noviembre de 2020, SL5161-2020, Radicación No. 80377 del 4 de noviembre de 2020, entre otras.

Así las cosas, la sentencia de primera instancia habrá de confirmarse en su integridad.

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

V. DECISIÓN



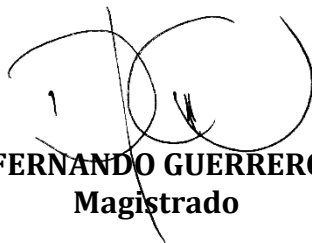
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

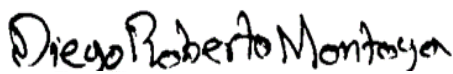
PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 30 de octubre de 2020 por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

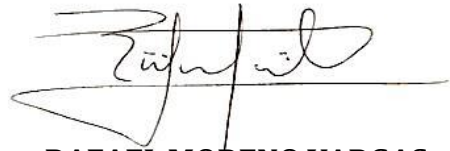
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



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 10 2019 00045 01
Demandante: CLAUDIA PATRICIA CONTRERAS RODRÍGUEZ
Demandado: COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021).

AUTO:

Se reconoce personería a la abogada *Alida del Pilar Mateus Uribe*, identificada con cédula de ciudadanía No. 37.627.008 y T.P. 221.228 del C. S. de la Judicatura, para actuar en representación de *Colpensiones*, en los términos y facultades del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por *Porvenir S.A.*, en contra de la sentencia proferida el 23 de septiembre de 2020 por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Claudia García Contreras*, formuló demanda ordinaria en contra de *Colpensiones y Porvenir S.A.*, con la finalidad que se declare la nulidad de la afiliación que realizara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de la AFP *Porvenir S.A.*, así como que se le ordene trasladarla al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por *Colpensiones*, junto con el valor de los saldos o aportes pensionales consignados en su cuenta individual, cobros y gastos



de administración descontados de sus aportes pensionales, así como los respectivos rendimientos financieros.

Asimismo, que se le condene a *Porvenir S.A.* reconocer y pagar la suma de 50 S.L.M.L.M.V. de conformidad con lo establecido en el artículo 13 literal b) y 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de la conducta atentatoria contra su derecho pensional, lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita* en contra de ambas demandadas y las costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que desde el inicio de su actividad laboral estuvo afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida hasta que suscribió formulario de afiliación con la AFP *Porvenir S.A.*, última que contrató un sin número de vendedores o asesores comerciales para la captación de trabajadores y su respectiva afiliación a la AFP, sin que tuviesen un amplio e idóneo conocimiento en temas relacionados con la seguridad social.

Que por tal motivo, dichos vendedores o asesores la indujeron de manera equívoca a trasladarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, indicándosele que no perdería los beneficios pensionales del Régimen de Prima Media con Prestación Definida y sin que existiera manifestación por escrito de su voluntad de traslado, no se le comunicó los eventuales riesgos que conllevaría el traslado y por consiguiente no pudo asumir una determinación objetiva, no se le efectuó de antemano una eventual simulación o comparación del valor de la mesada entre ambos regímenes, entre otros aspectos.

Puntualizó que todos esos aspectos condujeron a la existencia de una desinformación total de las ventajas y desventajas entre uno y otro régimen pensional, de ahí que el traslado no fue realizado de manera libre, espontánea y sin presiones, pues fue efectuado bajo instrucción precisa del asesor de *Porvenir S.A.*, por lo que se transgredió su pleno consentimiento y libre determinación.

Mencionó que ha insistido ante las encartadas su traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pero el mismo no se ha llevado a cabo.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:



Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas en su contra, argumentando que desconoce las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que la demandante efectuó el traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, aunado a que el mismo goza de plena validez y la afirmación de vicio del consentimiento debe probarse dentro del presente asunto.

Formuló las excepciones de mérito denominadas prescripción y caducidad, declaratoria de otras excepciones, e inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir.

Porvenir S.A. por su parte, refirió en su contestación que la demandante suscribió la afiliación ante sus dependencias de manera libre y espontánea, sin presiones de ninguna naturaleza, ya que sus asesores siempre suministraron toda la información y asesoría idónea, completa y necesaria para que sus clientes, potenciales afiliados, conocieran los productos y servicios prestados, el funcionamiento del régimen, sus ventajas y desventajas en comparación con el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, ni las diferencias entre uno y otro régimen, las consecuencias del traslado en relación con la pérdida del régimen de transición, bonos pensionales, modalidades de pensión, derechos de retracto, entre otros temas.

Propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia del derecho, inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, prescripción de la acción adjetiva que pretende atacar la validez de la afiliación, ausencia de responsabilidad atribuible a la demandada, y la innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 23 de septiembre de 2020, declaró la ineficacia de la vinculación de la actora al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad realizada el 24 de febrero de 1995 ante *Porvenir S.A.*, y ordenó su regreso automático y sin solución de continuidad al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado en su caso por *Colpensiones*.

A su vez, condenó a *Colpensiones* a recibir y restablecer la afiliación de la actora al Régimen de Prima Media con Prestación Definida sin solución de continuidad, y a *Porvenir S.A.* hacer entrega a *Colpensiones* de todos los valores que hubiese recibido



con motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, así como los rendimientos que se hubieren causado, junto con la devolución de los gastos o cuotas de administración debidamente indexados.

Igualmente, condenó a *Colpensiones* a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante provenientes de *Porvenir S.A.*, y la devolución de cuotas y gastos de administración, debe verificar que dichos rubros se hayan consignado en forma correcta e inmediata, además de la actualización de la historia laboral.

Para arribar a dicha conclusión estimó que, atendiendo la normativa vigente en concordancia con los postulados jurisprudenciales emanados por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el presente asunto debe analizarse como ineficacia del traslado y no la nulidad. Seguidamente, enfatizó que le corresponde a las AFP demostrar que al momento de la afiliación de sus afiliados suministraron una debida información sobre las ventajas y desventajas entre uno y otro régimen pensional, esto es, una información clara, detallada y completa respecto de la implicación del traslado, así como las diferentes modalidades pensionales entre cada uno, situación que no se probó por parte de *Porvenir S.A* con relación a la actora.

Expuso además que atendiendo que, si bien la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, tal aspecto no es óbice para declarar la ineficacia del traslado, aunado a que la acción es de carácter imprescriptible.

Por último, señaló que en lo que atañe a la indemnización establecida en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que la misma no goza de prosperidad como quiera que la competencia de dicha sanción se encuentra asignada al Ministerio de Salud, adicionalmente a que la mentada sanción no es a favor del afiliado sino al Fondo de Solidaridad del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Porvenir S.A. inconforme con la decisión la apeló. Expuso que en caso de confirmarse la condena, no es procedente la devolución de los gastos de administración ya que estos son expresamente autorizados por mandato de Ley a favor de las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad como las administradoras del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, entendidos estos como la contraprestación por los servicios de la operación de administración



de los recursos existentes en la cuenta individual del afiliado, además de los otros servicios que incluyen la intermediación que se realizó, gastos que fueron causados y pagados por su legítima gestión y administración, conforme lo dispone el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 7 de la Ley 797 de 2003; circunstancia por la cual, la condena por este reembolso es contradictoria con las disposiciones normativas y que por demás contribuyeron con los rendimientos de la cuenta individual de la demandante.

Por otra parte, argumentó su alzada en que, con ocasión a la carga de la prueba, debe corresponder a quien tenga la capacidad de demostrar un hecho procesal como así lo preceptúa el artículo 835 del Código de Comercio, de ahí que la demandante fue quien debió probar el actuar indebido en el que presuntamente se incurrió como administradora pensional, aspecto que no fue acreditado dentro del plenario.

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 éste.



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 24 de febrero de 1995 a la AFP *Porvenir S.A.*, según se avizora del expediente administrativo allegado en medio magnético (Fls. 52), 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”.*

Por otra parte, en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que se le haya suministrado la información, de lo que se colige que atendiendo la exposición de la *a-quo*, no se puede obtener una afirmación de que a la actora se le hubiesen suministrado las condiciones necesarias entre uno y otro régimen, como tampoco las ventajas y desventajas de los mismos.

Ahora bien, frente al recurso de apelación interpuesto por *Porvenir S.A.* 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 aparea 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.

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»”.

Es así, por lo que no le asiste 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 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.

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 23 de septiembre de 2020 por el Juzgado Décimo 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 07 2019 00275 01
Demandante: ADRIANA INÉS GÓMEZ REY
Demandado: COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021).

AUTO:

Se reconoce personería a la abogada *Mónica Esperanza Tasco Muñoz*, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.018.451.024 y T.P. 302.509 del C. S. de la Judicatura, para actuar en representación de *Colpensiones*, en los términos y facultades del poder conferido.

De otra parte, Porvenir S.A allega poder de sustitución, conforme al cual se le reconoce personería adjetiva para actuar al 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 resolver los recursos de apelación interpuestos por las accionadas *Porvenir s.a. y Colpensiones*, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de *Colpensiones*, en contra de la sentencia proferida el 15 de septiembre de 2020, por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Adriana Inés Gómez Rey*, formuló demanda ordinaria laboral en contra de *Colpensiones* y la *AFP Porvenir S.A.*, con el fin de que se declare la nulidad de la afiliación en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y se ordene el regreso automático al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.



En consecuencia, pretende se declare que continua afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y se condene a la *AFP Porvenir S.A.* a devolver a *Colpensiones* todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, tal como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil.

Finalmente, solicita que se condene a las demandadas a lo que resulte probado *extra y ultra petita*, junto con las costas, gastos, expensas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Fundó sus pretensiones en que nació el día 22 de julio de 1968 y se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida el 10 de octubre de 1990, en donde realizó sus cotizaciones hasta el mes de mayo de 1994, fecha para la cual se trasladó a la *AFP Porvenir S.A.*, sin embargo, al momento de suscripción del formulario de afiliación el fondo privado omitió brindarle una información necesaria, completa, eficiente, suficiente, cierta, oportuna y comprensible acerca de las características y diferencias de cada uno de los regímenes, ventajas y desventajas del traslado, consecuencias derivadas del mismo, la modalidad de pensión que recibiría, información sobre las afectaciones del ingreso base de cotización, capital acumulado, rendimientos financieros y las implicaciones reales que conllevaría tal decisión.

Igualmente, que la *AFP* no tramitó ni le comunicó lo previsto en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, impidiendo así su oportunidad de decidir la conveniencia de permanecer en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad o efectuar el cambio al Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Aduce que elevó derecho de petición ante *Colpensiones* solicitando el traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y mediante oficio No. BZ2019_1239003-0273983 del 29 de enero de 2019 se negó lo peticionado.

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 vinculación con la *AFP Porvenir S.A.* se realizó bajo los requisitos legales establecidos, por tanto, la demandante se encuentra válidamente afiliada al fondo privado.



Adicionalmente, afirma que dentro del expediente no se encuentra prueba alguna que demuestre que la *AFP Porvenir S.A.* hubiere inducido a la demandante en un error por falta al deber de información, ni se probó la existencia de un vicio del consentimiento como error, fuerza o dolo en la afiliación, por el contrario, la suscripción se realizó de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos y en ningún momento hizo uso del derecho de retracto.

Manifiesta que la actora no es beneficiaria del régimen de transición ni cumple con los requisitos estipulados en la sentencia SU-062 de 2010 para trasladarse en cualquier tiempo, además, para la fecha que solicitó ante *Colpensiones* el retorno al Régimen de Prima Media con Prestación Definida ya se encontraba dentro de la prohibición legal de que trata el artículo 2º de la Ley 797 del 2003. Finalmente, que una eventual declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen afecta gravemente el principio de sostenibilidad del sistema pensional.

Propuso y sustentó las excepciones de inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

Por su parte, *Porvenir S.A.*, en su escrito de contestación se opone a las pretensiones indicando que las peticiones de la actora carecen de fundamento jurídico ya que la vinculación realizada goza de plena validez, máxime que el traslado se surtió de manera libre y voluntaria con conocimiento real del acto jurídico que realizaba y sin presión por parte de algún asesor del fondo privado o de terceros, afiliación que se validó por el transcurso del tiempo. A sí mismo, la *AFP* agotó todos los requisitos exigibles para la época, brindando una asesoría clara y completa sobre las características y funcionamiento del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Menciona, que la demandante no reúne los requisitos para traslado entre regímenes previstos en la Ley 797 del 2003 ni los lineamientos jurisprudenciales previstos por la Corte Constitucional en sentencias T-211 de 2016, SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013.

Propuso y sustentó las excepciones de fondo de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa e innominada o genérica.



II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, en providencia proferida el 15 de septiembre del 2020, declaró la ineficacia del traslado realizado por la señora *Adriana Inés Gómez Rey* con la *AFP Porvenir S.A*, en consecuencia ordenó a *Colpensiones* a recibir sin solución de continuidad a la accionante y al fondo privado a trasladar la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la actora, así como los rendimientos, gastos de administración, comisiones, o cualquier otro emolumento que se hubiese descontado de los aportes pensionales pagados por la demandante, valores que deberán ser reintegrados debidamente indexados. Declaró no probadas las excepciones propuestas por las accionadas, condenó a costas y agencias en derecho a la *AFP* y exoneró de las mismas a *Colpensiones*. Finalmente ordenó la consulta de la sentencia a favor de *Colpensiones*. Para arribar a dicha conclusión adujo que, de conformidad con los postulados emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las AFP tienen la obligación de suministrar a sus afiliados una información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, información que debe ser completa, comprensible, veraz, prudente y suficientemente útil.

Además, menciona que la actora alegó desde su demanda que no recibió la información debida cuando se afilió y traslado a *Porvenir S.A.*, por tanto, el fondo privado debía probar que si suministró la información en forma correcta de conformidad a la inversión de la carga de la prueba que tiene asidero en el artículo 1604 del Código Civil.

Por otro lado, advirtió que los requisitos, las condiciones y las pruebas que obran en el expediente acreditan que *Porvenir S.A.* no cumplió con su deber de información y por tanto esa es la única motivación que debe generar la declaratoria de ineficacia del traslado, es así como la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia S.L. 2126 del 13 de septiembre del 2014, dejó sentando que lo que se genera es la ineficacia de esa afiliación y traslado cuando quiera que la insuficiencia de la información genera lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, no es suficiente la simple suscripción del formulario sino el cotejo con la información brindada la cual debe corresponder a la realidad y que en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a los fondos de pensiones allegar prueba sobre la información proporcionada a los afiliados. Sin embargo, en la litis la AFP no cumplió con su carga probatoria, situación que llevó a declarar la ineficacia de la afiliación.



Finalmente, en lo atinente a la excepción de prescripción adujo que el artículo 48 de la Constitución Política define la seguridad social como un derecho de carácter irrenunciable, así, en casos como el presente el fenómeno prescriptivo que se alega como excepción no opera precisamente por afectar derechos de carácter constitucional de la trabajadora demandante.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Colpensiones mediante recurso de alzada refiere que la demandante en su interrogatorio de parte confesó que fue negligente al momento de decidir voluntariamente cambiarse de régimen y que contó con la oportunidad de trasladarse nuevamente en los términos de la Ley 797 del 2003. Adicionalmente, alega que, de existir un vicio en el traslado de régimen, el mismo tuvo que ser advertido en esa oportunidad, por lo cual a partir de la fecha debe contarse el plazo de cuatro años para pedir la rescisión del traslado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1750 del Código Civil y por lo que no se hizo ese hecho debe tenerse como una ratificación tácita del acto.

Además, señala que la demandante manifestó en el interrogatorio de parte que sus expectativas son meramente económicas, por tanto, no es viable que pretenda la nulidad de su traslado después que observó que la pensión no estaba acorde a sus aspiraciones económicas y por ende la afiliada debe someterse a las condiciones del sistema. Finalmente, señala que la declaración de la ineficacia afecta el principio de sostenibilidad financiera, ya que el capital a trasladar de la cuenta de ahorro individual de la demandante no será suficiente para financiar su pensión por lo cual genera un detrimento patrimonial.

A su turno *Porvenir S.A.* presentó recurso de apelación teniendo en cuenta que para 1994, fecha de traslado de la demandante, la normatividad vigente que era la Ley 100 de 1993 no tenía el alcance que le ha dado la Corte Suprema de Justicia, de allí que era admisible dar a los potenciales afiliados información de manera verbal, para que ellos tomaran una decisión libre, voluntaria e informada. Inclusive, dentro del proceso la accionante confesó que tuvo una charla de 30 minutos en donde se le brindó esa información pertinente y con la cual ella quedó conforme, como soporte de dicha asesoría se plasmó el formulario de afiliación, documental que cumplía con las características legales vigentes para la fecha del traslado, de allí que esta afiliación cumple con todos los requisitos legales y de eficacia para pregonarse como válida.



Por otra parte, afirma que de confirmarse la ineficacia, solo se debe ordenar el traslado de lo atinente a los aportes y rendimientos y no lo que tiene que ver con los gastos de administración, comisiones, emolumentos dado que el efecto de la ineficacia es considerar que nunca sucedió el acto jurídico, así, los rendimientos ocasionados son generados por la administración y al trasladarlos a *Colpensiones* se estaría beneficiando de unos recursos por los cuales nunca realizó ninguna administración. En cuanto a las comisiones de administración, fueron consumadas para la administración de los recursos y los seguros previsionales se trasladaron a terceros de buena fe que son las aseguradoras y en todo caso son emolumentos que proceden en ambos regímenes.

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 suscrito por la demandante el día 26 de mayo de 1994 ante *Porvenir S.A.*, (Fls. 38) 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, en el interrogatorio de parte rendido por la señora *Adriana Inés Gómez Rey* manifestó que en mayo de 1994 se presentaron en la empresa donde trabajaba, varios asesores de fondos privados incluidos los de la *AFP Porvenir S.A.* y junto con el área de personal realizaron una charla general aproximadamente de 30 minutos en donde se le informa de la existencia de un nuevo régimen de pensiones.

Aduce que le expusieron que el Instituto de Seguros Sociales estaba en una mala situación y posiblemente se liquidaría, por tal razón era conveniente realizar cambio de régimen; posteriormente a dicha reunión, empleados del área de personal la citaron para que firmara los documentos de afiliación y así lo hizo, ya que la mayoría de los trabajadores de su empresa se trasladaron a *Porvenir S.A.*; que en ese momento no se encontraba presente ningún asesor, simplemente le entregaron el formulario, lo diligenció y firmó, pero nunca leyó la letra menuda; que no se le brindó una asesoría individual, ni se le dio información detallada de que existían dos regímenes, cuáles eran sus ventajas o desventajas, requisitos, pensión anticipada, heredabilidad de los aportes, importancia de los rendimientos financieros y tampoco le explicaron su condición particular.



Confiesa que en el año 2019 se comunicó telefónicamente con la *AFP Porvenir S.A.* para conocer el valor que recibiría como mesada pensional; que le manifestaron que sería aproximadamente de \$2.000.000 y dado que en la actualidad devenga un salario aproximado de \$14.000.0000, entiende que su mesada sería irrisoria. Aduce que nunca se acercó a *Colpensiones*; que desea realizar el traslado porque no quiere desmejorar sus condiciones y su nivel de vida, razones por las que interpuso la demanda contra las administradoras de pensiones.

Por su parte, la representante legal del fondo privado en el interrogatorio de parte rendido confiesa que la *AFP Porvenir* solamente cuenta con el formulario de afiliación suscrito por la accionante, por cuanto para la fecha en cumplimiento de la normatividad vigente ese era el documento con el cual se dejaba constancia de esa asesoría y afiliación, además, que sus asesores son capacitados de forma periódica para que estén actualizados con respecto a la normatividad aplicable y así puedan brindar toda la información pertinente, sin embargo, no existe prueba que acredite tal situación en el presente proceso.

Nótese entonces que la demandante en su interrogatorio de parte no confesó que se hubiere cumplido con el deber de información por parte de la *AFP Porvenir S.A.*, ni la restante documental da fe de ello, pese a que la representante de *Porvenir S.A.* expone que si se cumplió con tal obligación, no se allegó prueba alguna que soportara sus manifestaciones, por el contrario, corroboró que el fondo privado únicamente contaba con el formulario de afiliación, ya que sostuvo que para la época era el único documento con el que se dejaba constancia de las asesorías brindadas dando cumplimiento a la normatividad vigente. Por tanto, la accionada no cumplió con su carga probatoria, lo cual implica declarar la ineficacia de la afiliación, tal como de forma acertada lo realizó el juez de instancia.

Ahora bien, frente al recurso de apelación interpuesto por la *AFP Porvenir S.A.*, respecto a la devolución de saldos incluidos los gastos de administración, comisiones y prima 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 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 aparea 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.

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 le asiste razón a *Colpensiones* 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 suplen las cargas 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.

Por otro lado, cabe recordar que de conformidad a lo establecido por la Corte Suprema de Justicia en su Sala 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”

Finalmente, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, 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 también se ajusta a derecho la decisión de declarar no probada la excepción de prescripción.

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 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:

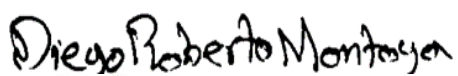
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 15 de septiembre de 2020 por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

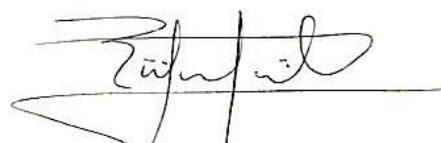
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



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 00 097 00
Demandante: RUTH AMARILES OSPINA
Demandado: COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021).

AUTO:

En consideración a la sustitución del poder allegada por COLPENSIONES, se le reconoce personería adjetiva para actuar a la Doctora Jennifer Ximena Lugo Rojas, identificada con C.C. No. 36.311.956 de Neiva y T.P No. 283.299 del CSJ en calidad de apoderada de la entidad.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por *Colpensiones, Porvenir S.A. y Colfondos S.A.* en contra de la sentencia proferida el 1º de octubre 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 *Ruth Amariles Ospina*, formuló demanda en contra de *Colpensiones, Colfondos S.A. y Porvenir S.A.*, con la finalidad de que se declare la nulidad del traslado que efectuó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por medio de *Porvenir 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 *Porvenir S.A.* y a *Colfondos S.A.* a realizar todas las gestiones administrativas atinentes a declarar nulo el traslado efectuado por la Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; asimismo, que se ordene a *Colfondos S.A.* y a *Porvenir S.A.* a trasladar a *Colpensiones* la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en su cuenta de ahorro individual y 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 17 de noviembre de 1961, afiliándose al Sistema General de Seguridad Social por medio del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, estando en vigencia el Instituto de los Seguros Sociales, el 20 de agosto de 1980; en mayo de 1999 se trasladó *Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.* y, finalmente, en diciembre del 2001 se trasladó a *Colfondos S.A.*

Con respecto a dichas afiliaciones, alega la demandante que diligenció los formularios sin haber recibido previamente asesoramiento e información suficientes para que dicho consentimiento, manifestado en la firma del formulario, sea informado; las consecuencias negativas del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad las conoció hasta el año 2017, fecha en la cual se asesoró con el fin de conocer el monto de su pensión.

En consecuencia, de lo anteriormente señalado, el 9 de julio de 2018, la demandante radicó una petición de anulación y/o ineficacia del traslado ante la *AFP Porvenir S.A.*, entidad que no dio respuesta, por lo cual se entiende que dicho silencio es negativo; ese mismo día radicó solicitud ante la *AFP Colfondos S.A.*, la que no accedió a la petición, pues afirma que contó con una asesoría previa a su afiliación a este fondo.

El 10 de julio radicó solicitud ante *Colpensiones* para activar su vinculación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, la respuesta fue, igualmente, negativa.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:



Colpensiones se opone a la totalidad de las pretensiones, considera que la afiliación es totalmente válida, toda vez que no se aporta prueba que acredite que las AFP demandadas hayan hecho incurrir a la accionante en un error al momento de efectuar el traslado, asimismo, la accionante no 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, saneamiento de la nulidad alegada, y la innominada o genérica.

Colfondos S.A. se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones, señalando que el traslado de régimen se efectuó por medio de la *AFP Porvenir S.A.* y que desconoce las circunstancias en que se efectuó este traslado; no obstante, que en lo que respecta a *Colfondos S.A.*, la afiliación a este fondo se dio con la asesoría previa respectiva, razón por la cual es válida.

Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en causa por pasiva, buena fe, la innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por *Colfondos*, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y compensación y pago.

Porvenir S.A. se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, argumenta que la demandante realizó el traslado de forma válida, por medio de formulario de afiliación y que esta estuvo exenta de cualquier vicio del consentimiento, que se le dio toda la información necesaria y se le indicó que el valor de su mesada pensional dependería del capital que ella lograra acumular en su cuenta de ahorro individual. Además, no es claro qué pretende la demandante, puesto que la nulidad y la ineficacia son dos conceptos jurídicos diferentes.

Formuló las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 1º de octubre de 2020, declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante con el



fondo *Porvenir S.A.* en mayo de 1999 y consecuentemente la posterior afiliación a la *AFP Colfondos*, el 13 de diciembre del 2001; 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*. *Porvenir S.A.* deberá, asimismo, devolver todo el dinero correspondiente a todos los gastos de administración y comisiones.

Para arribar a dicha conclusión, el operador judicial tras hacer un recuento jurisprudencial, señaló la obligación que tienen las AFP de dar la información suficiente y transparente respecto a las consecuencias de trasladarse de un régimen a otro, de tal manera que el potencial afiliado pueda elegir el fondo que más le conviene a sus intereses.

Asimismo, señala que la *AFP Porvenir S.A.* debía demostrar que, contrario a lo que afirmaba la accionante, el fondo sí le había suministrado la información debida respecto al traslado de régimen pensional, puesto que se invierte la carga de la prueba.

Como quiera que no se acreditó el cumplimiento del deber de información por parte de la AFP, se declara la ineficacia del traslado de régimen pensional, y consecuentemente, y toda vez que *Colfondos S.A.* tampoco acreditó haber cumplido con el deber de información, también se declaró ineficaz dicha afiliación.

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, pues el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por la accionante fue plenamente válido, prueba de ello es el formulario de afiliación suscrito; además, en tal momento la demandante no contaba con ninguna expectativa legítima, pues ni siquiera tenía certeza de si se iba a poder pensionar o no, y en tal época para que la afiliación fuese efectiva bastaba con el formulario de afiliación; también argumenta que la actora nunca manifestó querer retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, es decir, tuvo ánimo de permanecer en el RAIS, y en el caso de haberse presentado otra



contingencia como lo es la invalidez, hubiese sido el fondo privado el que cubriría el pago de su pensión respectiva.

En adición a esto, sostiene la apelante que este tipo de decisiones afecta el principio de sostenibilidad financiera, pues tienen que cubrir el pago de la pensión de personas que no aportaron al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, lo que perjudica la sostenibilidad del sistema pensional y a quienes sí hicieron sus aportes dentro de este.

Porvenir S.A. apeló igualmente la sentencia, solicita que se revoque en su totalidad, pues no considera que se deba declarar la ineficacia del traslado, toda vez que no se acreditó dolo por parte de la entidad financiera a la hora de realizar la afiliación, por el contrario, el formulario se suscribió de forma libre y voluntaria habiendo recibido toda la información pertinente; que para el año 1999 no existía la obligación de documentar cada aspecto que se señalaba en la asesoría.

Por otro lado, indica que los precedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia, relativos a la inversión de la carga probatoria en este tipo de procesos, se aplican a afiliados beneficiarios del régimen de transición, y la actora no es beneficiaria del mismo. Trae a colación, igualmente, que este tipo de decisiones hacen que peligre el principio de sostenibilidad financiera, y en materia de pensiones debe prevalecer el interés general sobre el interés particular. Que, de proceder la nulidad o ineficacia, la Superfinanciera Financiera ha señalado que las AFP no deben devolver el dinero perteneciente a gastos de administración, pues estos no pertenecen a los dineros que se deben destinar al pago de la pensión.

Colfondos S.A. apela la decisión en lo que concierne a la condena a devolver los rendimientos financieros por parte de la AFP, pues si se declara la ineficacia se entiende que la afiliación nunca existió y como consecuencia de ello deberán haber restituciones mutuas, situación que no genera perjuicios a *Colpensiones* por cuanto el valor de los rendimientos financieros no hace parte de los dineros que ha cotizado la demandante al fondo pensional; asimismo, alega que el hecho de que no se haya podido acreditar con una prueba documental que la asesoría a la demandante se dio de manera integral, no significa que esta no haya existido, además, para el momento de la afiliación, no era necesario que todo lo que se dijera en la asesoría se documentara.

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 caso, *Colfondos S.A.* allegó, a folio 219 del plenario, el formulario por medio del cual realizó la afiliación al fondo del 13 de diciembre de 2001; asimismo,



Porvenir S.A. allegó, a folio 281 del expediente digital, el formulario por medio del cual se efectuó el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por medio de esta entidad en mayo de 1999; no obstante, si bien en los formularios se establece que la decisión fue libre y voluntaria, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sido reiterativa en señalar que el formulario de afiliación no es por sí mismo 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.”*

Con base en lo anteriormente expuesto, ninguna de las AFP aportó prueba alguna que logre desacreditar el dicho de la demandante, por lo que no se puede demostrar que las afiliaciones fueron anteceditas por la información necesaria. Por ende, no son de recibo los argumentos de los apelantes al indicar que no estaban en la obligación de documentar lo dicho por la asesoría, pues tal situación no la releva de la carga probatoria de acreditar el deber de información.

Por otra parte, en el interrogatorio de parte absuelto a la demandante en audiencia, no se evidencia ninguna confesión de la cual se pueda concluir que las AFP le suministraron la información respectiva.

Respecto a la inconformidad de las accionadas *Porvenir 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 verifiquen 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, cuando cumpla el requisito de edad.

La apoderada de *Colpensiones* y la apoderada de *Porvenir S.A* señalan, además, que la decisión tomada por el *a-quo* vulnera el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional; no obstante, al respecto de este tema, 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 financiera en el fallo de primera instancia, pues tanto *Porvenir S.A.* como *Colfondos S.A.* están obligados a devolver 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 al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad jamás existió, y que la accionante nunca dejó de estar vinculada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y por ende los fondos privados a los que se afilió la accionante tienen el deber de trasladar todos los dineros que se hayan cotizado a su fondo provenientes de la afiliación de la señora *Ruth Amariles Ospina* a *Colpensiones*, pues en cabeza de este fondo está la obligación de reconocer y pagar una eventual pensión a la demandante.

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:

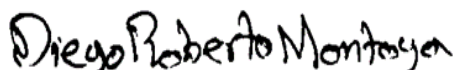
PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 1º de octubre de 2020 por el juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

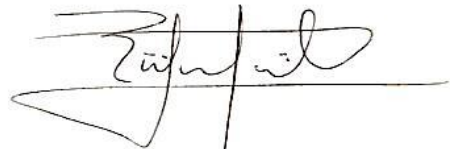
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



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 38 2019 00316 01
Demandante: GERMAN EDUARDO ROJAS GUERRERO
Demandados: VETERINARIA ESPECIALIZADA S.A.S.
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA:

Procede la Sala a desatar el grado jurisdiccional de consulta respecto de la sentencia proferida el 14 de agosto de 2020 por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, toda vez que fue totalmente adversa a los intereses de la parte demandante, y no se formuló recurso de alzada.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *Germán Eduardo Rojas Guerrero* presentó demanda ordinaria laboral en contra de la sociedad *Veterinaria Especializada S.A.S.*, a efectos que se declare que entre las partes existió como medio vinculante un contraste de trabajo a término indefinido, el cual culminó por renuncia motivada del trabajador; en consecuencia, se condene a la accionada al pago de la indemnización por despido indirecto, más lo que resulte probado *ultra y extra petita*.



1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que se vinculó mediante un contrato de trabajo a término indefinido, vigente entre el 7 de junio de 1997 y el 25 de junio de 2018, desempeñando el cargo de coordinador logístico; refiere que prestó servicios en jornada laboral de 8:00 a.m. a 5:30 p.m. de lunes a viernes, y de 9:00 a 1:30 p.m. los días sábados; que el último salario ascendió a la suma de \$1.800.000.

Señala que realizó varios requerimientos frente al acoso laboral del cual era víctima por parte del señor *Arturo Reyes*, a lo cual se hizo caso omiso, máxime que no se había constituido el Comité de Convivencia Laboral; finalmente, que el 28 de junio de 2018 presentó renuncia por las constantes conductas de acoso laboral, sin que se haya presentado objeción alguna, no obstante, no se solucionó la respectiva indemnización.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La sociedad *Veterinaria Especializada S.A.S.*, operó la *litis contestatio* señalando que el actor tuvo una vinculación laboral inicial con *Veterinaria Especializada R* entre el 7 de junio de 1997 y el 27 de febrero de 1999, y posteriormente el 1º de marzo de 1999 suscribió contrato escrito de trabajo con la sociedad *Veterinaria Especializada Ltda.*, la que posteriormente se modificó a sociedad por acciones simplificadas.

Que es cierto que el actor laboró hasta el 25 de junio de 2018, desempeñándose como jefe de bodega o coordinador logístico; de igual manera, que es cierto el horario de trabajo y el salario devengado; señala que el actor no registró queja alguna por acoso laboral, pese a que se había constituido el Comité de Convivencia Laboral, tal como lo acredita el acta de conformación del 25 de abril de 2017, en el cual incluso el actor se registra como participante.



Refiere que el actor fue objeto de diversos llamados de atención, suscribiendo actas de compromiso; finalmente, que la renuncia no se motivó en conducta alguna imputable al empleador, por lo cual no se adeuda la indemnización deprecada.

Formuló como excepciones de mérito las que denominó ausencia de culpa patronal por falta de legitimación en la causa por activa y excepción por cancelación normal de contrato laboral.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 14 de agosto de 2020 absolvió a la parte demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra.

Para tal efecto estimó en primera medida, que no se debatió la existencia del contrato de trabajo, el cual además se desprende del vínculo contractual aportado al plenario, como de la confesión que se verificó sobre el particular.

En lo atinente al despido indirecto, señaló que por activa se acreditó la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo, mediante la misiva de renuncia a partir del 25 de junio de 2018, en la cual se aducen como justas causas imputables al empleador, en primer lugar, el hecho de haber sentido acoso laboral por parte del señor Arturo Reyes, lo cual se considera una manifestación genérica, sin determinar circunstancias de tiempo, modo y lugar. Aunado a lo anterior, no se acreditó en el trámite procesal la ocurrencia de una conducta que ameritara la renuncia.

De otra parte, no se acredita que el representante legal de la demandada le haya solicitado la renuncia al trabajador, lo cual también se aducía en la carta de renuncia, teniendo en cuenta además que del interrogatorio de parte se deduce que lo que se pretendía era realizar un llamado de atención.



De igual manera, se aduce que el demandante fue objeto de acusaciones, lo cual no fue acreditado por ningún medio de convicción, estableciéndose solo del interrogatorio de parte de la accionada, que ante los faltantes en inventarios se solicitaban informes; así mismo que se aduce un evidente acoso laboral para hacerlo incurrir en error, lo cual no se encuentra soportado en medio de convicción alguno; finalmente, que la última causal endilgada consistía en no brindar herramientas de trabajo, situación no soportada probatoriamente.

De tal manera que, al no haberse acreditado las justas causas alegadas en la carta de renuncia, no resultan ser procedentes las pretensiones del actor.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Teniendo en cuenta que no se formuló recurso de alzada, y que la decisión de primera instancia fue totalmente adversa a las pretensiones del trabajador, se debe surtir el grado jurisdiccional de consulta, de conformidad con las previsiones del artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 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 por activa se acreditó que la



empleadora incurrió en justas causas que implicaron la renuncia del trabajador, con el consecuente pago de la indemnización por despido indirecto.

a. DESPIDO INDIRECTO:

Inicialmente debe acotar la Sala que por activa se aduce como sustento de la pretensión de indemnización por despido injusto, el hecho de haber renunciado al trabajo de manera motivada en justas causas imputables al empleador. De tal manera, que corresponde por activa no solo acreditar el hecho de la renuncia, así como de haber imputado en la misma en debida forma las justas causas, sino además demostrar de manera fehaciente la ocurrencia de las mismas.

Sobre este puntual aspecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL4886-2020, Radicación No. 77473 del 24 de noviembre de 2020, señaló:

“En primer lugar, el artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el 6º del Decreto 2351 de 1965 y subrogado por el 5º de la Ley 50 de 1990 consagró en su literal h) que una forma de terminación del contrato de trabajo sería la «decisión unilateral» tanto del trabajador como del empleador. Cuando es aquel el que decide poner fin a la relación contractual por su voluntad se denominará renuncia y cuando es este, será un despido.

“A su turno, la renuncia podrá ser «pura y simple» y «libre y espontánea» o podrá ser «motivada» o «con justa causa imputable al empleador». El primero de los casos corresponde a una decisión personalísima y libre de apremios que toma el trabajador en el marco de la autonomía de su voluntad y donde es su íntimo convencimiento lo que le lleva a comunicar tal decisión.

“En el segundo, el trabajador se ve obligado a finalizar unilateralmente el vínculo, aun sin desearlo, viéndose compelido a ello por haber incurrido el empleador en alguna de las justas causas previstas en el literal B) del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el 7º del Decreto 2351 de 1965.

“En ninguno de los mencionados eventos es presupuesto de validez o eficacia que el empleador acepte expresa o tácitamente el acto de renuncia.

“[...]



“Ahora bien, cuando la decisión del trabajador corresponde a una renuncia motivada, aquel estará en la obligación de demostrar los hechos en los que se funda y que imputa al empleador, caso en el cual, de lograrlo, la consecuencia no será otra sino desatar los efectos económicos que están previstos para el despido injusto a cargo del empleador en los términos del citado artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo o aquellos pactados extralegalmente por las partes.

“Precisamente, sobre la terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del trabajador, con justa causa, o lo que es lo mismo, el «despido indirecto», la Sala ha tenido la oportunidad de pronunciarse en el sentido de señalar que se configura cuando el empleador incurre en alguna o algunas de las causales previstas en el literal B) del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965 que modificó el 62 del Código Sustantivo del Trabajo y, aunque, en principio se ha señalado que al trabajador le basta con acreditar la terminación del contrato de trabajo para impetrar judicialmente los efectos de su terminación injusta, en este caso también le corresponde demostrar que la decisión de renunciar obedeció a justas causas o motivos imputables al empleador.

“Pero si este último, a su vez, alega hechos con los cuales pretende justificar su conducta, es incuestionable que le corresponde el deber de probarlos; situación muy diferente acontece cuando es el empleador quien rompe el vínculo contractual en forma unilateral invocando justas causas para esa decisión, en cuyo caso el trabajador sólo tiene que comprobar el hecho del despido y el empresario las razones o motivos por él señalados (CSJ SL16561-2017, CSJ SL12499-2017, CSJ SL15927-2017, CSJ SL16281-2017, CSJ SL16373-2017, CSJ SL14877-2016, CSJ SL14877-2016, CSJ SL, 22 abril 1993 radicado 5272, reiterada en sentencia CSJ SL, 9 agosto 2011, radicado 41490 y CSJ SL18344-2016)”.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que al plenario se aportó la misiva de renuncia del 25 de junio de 2018 (Fl. 9), en la cual se expresan como causales:

“1. Porque he venido sintiendo el acoso laboral por parte del señor Arturo Reyes.

“2. Porque el señor Reyes me ha manifestado que mi trabajo no le sirve y que le pasara la carta de renuncia, a lo cual respondí, que si el consideraba que después de veintidós años de trabajo piensa que mi trabajo no le sirve que me despidiera él pero yo no renunciaría”

“3. Porque me han acusado de ladrón sin tener prueba de ello, poniéndose en tela de juicio mi buen nombre y haciendo caso omiso a mi sugerencia de hacer una auditoría a los movimientos internos del sistema donde posiblemente puede haber fallas.



“4. Porque es evidente el constante acoso por parte de la empresa en que yo incurra en error para así tener la justa causa para mi despido.

“5. Porque no me dan las herramientas suficientes para desarrollar de manera eficiente mi trabajo”

En ese orden de ideas, se acreditó por activa el hecho de la renuncia, así como haber endilgado justas causas imputables al empleador. No obstante, tal como lo sostuvo el *a-quo*, no se demostró su ocurrencia.

Inicialmente se aduce que fue objeto de acoso laboral por parte del señor *Arturo Reyes*, sin determinar de manera específica los hechos por los cuales considera configurada dicha situación, refiriendo además en el supuesto fáctico de la demanda que no le fue factible radicar la queja ante la inexistencia del Comité de Convivencia Laboral, hechos que no se soportaron en medio de convicción alguno.

En efecto, al plenario se aporta el acta de conformación del Comité de Convivencia Laboral del 25 de abril de 2017 (Fl. 38), para el periodo 2017 a 2019, participando como votante el actor como reposa en el registro de votantes (Fl. 40), sin que el accionante haya activado los mecanismos dispuestos en el Reglamento Interno de Trabajo frente a situaciones de acoso laboral, lo cual estaba a su alcance, restando así veracidad a la afirmación verificada por activa en la demanda frente a la imposibilidad de presentar la respectiva queja.

Aunado a lo anterior, en la misiva de despido no se especificaron los hechos concretos por los cuales estima configurado el acoso laboral; esto es, las conductas precisas que desplegara el señor *Arturo Reyes*, que implicaran maltrato laboral, persecución laboral, discriminación laboral, entorpecimiento laboral, inequidad laboral, o desprotección laboral, de conformidad con la Ley 1010 de 2006, sin que además se advierta confesión alguna en el interrogatorio de parte del representante legal de la accionada, ni soporte alguno en las documentales aportadas al plenario.



De igual manera, no se acreditó que haya sido el empleador quien le haya exigido la renuncia, o que haya ejercido coacción alguna para la determinación adoptada por el trabajador, hecho este que se encuentra huérfano de material probatorio, máxime que el representante legal de la accionada no confesó dicho aspecto.

Refiere el trabajador que fue acusado de conductas delictivas, lo cual no fue corroborado por los medios de convicción aportadas al plenario, pues solo se allegan llamados de atención en los cuales no se verifican dichas imputaciones, sin que el hecho de solicitar informes se constituya en justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo. De otra parte, en el interrogatorio de parte no existe confesión alguna sobre el particular, al referir el representante legal que se limitaron a preguntarle sobre las posibles razones de los faltantes de mercancías.

De otra parte, señala que existía un evidente y constante acoso por parte de la empresa para hacerlo incurrir en justa causa de terminación del contrato de trabajo, lo cual se avizora como una situación genérica, sin detallar en qué consistía el acoso, y sin acreditar situaciones que se encasillaran en ese tipo de conductas.

Finalmente, tampoco se demostró por ningún medio de convicción que la sociedad empleadora no le haya suministrado herramientas de trabajo, ni se discriminó por activa qué insumos no le fueron entregados para el cumplimiento de sus funciones.

En ese orden de ideas, no se demostró por activa la ocurrencia de las justas causas endilgadas en la misiva de renuncia, motivo que impele a confirmar en su integridad 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 y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 14 de agosto 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



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

Ordinario Laboral 1100131050 37 2019 00168 01
Demandante: BEATRIZ ROMERO PLAZAS
Demandado: COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por *Colpensiones*, en contra de la sentencia proferida el 22 de septiembre de 2020 por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Beatriz Romero Plazas*, formuló demanda ordinaria en contra de *Colpensiones* y *Colfondos S.A.*, con la finalidad que se declare que es beneficiaria del régimen de transición, al igual que la AFP *Colfondos S.A.* no le informó que al momento de trasladarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no se le informó sobre la pérdida de dicha transición, no se le suministró un cálculo actuarial que le permitiera establecer la diferencia entre el valor de la mesada pensional que obtendría en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y demás información entre uno y otro régimen.

Por consiguiente, se declare la nulidad del traslado que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, de ahí que se ordene la reactivación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida por intermedio de *Colpensiones*, y a su vez,



se le ordene a *Colfondos S.A.* la devolución de todos y cada uno de los valores consignados en su cuenta de ahorro individual por concepto de cotizaciones, bonos pensionales y cualquier suma adicional de la aseguradora, junto con los rendimientos causados según lo dispuesto en el artículo 1746 del Código Civil.

Asimismo, que se ordene a *Colpensiones* tramitar el recaudo de los dineros que posee *Colfondos S.A.* por todo concepto.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 28 de octubre de 1956 afiliándose a los riesgos de invalidez, vejez y muerte el 20 de marzo de 1981 hasta el 31 de enero de 1998, por lo que es beneficiaria del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Que *Colfondos S.A.*, no le informó que al ser beneficiaria del régimen de transición tenía derecho a pensionarse bajo la norma pensional anterior que le permitía unas condiciones más favorables en cuanto a la edad, tiempo de cotización y tasa de reemplazo, así como que al trasladarse renunciaría a dicha transición.

Asentó además que, el fondo privado no le suministró un cálculo actuarial que le permitiera establecer la diferencia del valor de la mesada pensional tanto en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida como en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no se le indicó que el valor de la pensión dependía directamente de la modalidad de retiro programado y que el posible monto pensional estaba sujeto a los rendimientos de capital fluctuantes por las tasas de interés del mercado, entre otros factores.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas, argumentando que la demandante se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y no probó error, fuerza o dolo en la afiliación al fondo privado.

Propuso las excepciones denominadas inexistencias del derecho y la obligación, excepción error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción,



imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, e innominada o genérica.

Colfondos S.A. expuso en su contestación que brindó a la actora una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen, se le asesoró acerca de las características del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, las ventajas y desventajas, y el derecho de rentabilidad que producen los aportes.

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

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 22 de septiembre de 2020, declaró la ineficacia del traslado que efectuó la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de *Colfondos S.A.* el 26 de febrero de 1998.

En tal sentido, condenó a *Colfondos S.A.*, transferir a *Colpensiones* todos los valores contenidos en su cuenta de ahorro individual junto con los bonos pensionales, rendimientos financieros, e igualmente costos cobrados por gastos de administración. A su vez, condenó a *Colpensiones* admitir el traslado de la actora y aceptar los valores que remita a *Colfondos S.A.*

Para arribar a dicha conclusión, manifestó que atendiendo la línea jurisprudencial emanada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de justicia, es deber de las AFP demostrar una debida información para con sus afiliados al momento del traslado, situación que no se probó dentro del presente asunto por parte de *Colfondos S.A.*, pues el formulario de afiliación no demuestra una correcta asesoría, dejando de



presente además que, en tratándose de la órbita alegada por la actora, lo que procede es la ineficacia del traslado y no la nulidad.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Colpensiones inconforme con la decisión la apeló. Adujo que no es procedente el traslado de la demandante atendiendo el principio de sostenibilidad financiera, máxime si esta se encuentra incurso en la prohibición legal contenida en la Ley 797 de 2003, aunado a que dentro de presente asunto no se le ha vulnerado ningún derecho pensional, pues ni quiera ha solicitado pensión de vejez alguna.

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 éste.

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 26 de febrero de 1998 a la AFP Colfondos S.A. (Fls. 247), 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”.*

Por otra parte, en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que se le haya suministrado la información, de lo que se colige que atendiendo la exposición del *a-quo*, no se puede obtener una afirmación de que a la actora se le hubiesen suministrado las condiciones necesarias entre uno y otro régimen, como tampoco las ventajas y desventajas de los mismos.

Ahora bien, 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 aparea 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.

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, y que alegó *Colpensiones* en el recurso de alzada, 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»”.

Es así, por lo que no le asiste 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 actor, 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 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.

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;

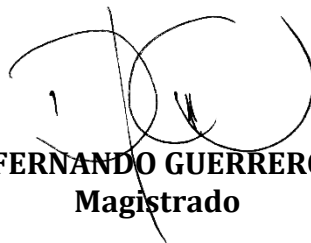
RESUELVE:



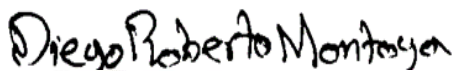
PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 22 de septiembre de 2020 por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, en el entendido de declarar ineficaz la afiliación de la actora en el Régimen de Ahorro Individual con Solidad, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

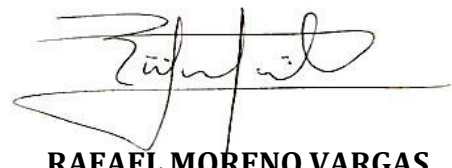
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



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 19 2019 00373 01
Demandante: ELEONOR ÁLVAREZ VALDERRAMA
Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021).

AUTO

Atendiendo al poder que fuere allegado por Colpensiones, se le reconoce personería adjetiva para actuar en representación de dicha entidad al profesional del derecho Elkin Fabian Castillo Cruz, identificado C.C No 80.282.676 y T.P No 261.461.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por *Porvenir S.A* y *Colpensiones*, así como a estudiar en el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última entidad, la sentencia proferida el 23 de octubre de 2020 por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Eleonor Álvarez Valderrama*, formuló demanda Ordinaria en contra de *Colpensiones* y *Porvenir*, con la finalidad que se declare la nulidad de la afiliación que efectuó el 6 de mayo de 1994 con el fondo de pensiones privado *Horizonte S.A.* hoy *Porvenir S.A.*, toda vez que en la etapa precontractual no se le brindó la información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas como las desventajas de uno u otro sistema de pensiones; en consecuencia, se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a *Colpensiones* a tener entre sus afiliados al demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, como si nunca se hubiere trasladado; se condene en costas a la demandada y lo que resulte probado *ultra y extra petita*.



1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, expuso que se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad administrador por Horizonte S.A. el día 6 de mayo de 1994, si obtener una información clara y completa por parte del Asesor Comercial respecto de las ventajas y desventajas de su decisión.

Que efectuada una proyección de su pensión por parte de la AFP y efectuados los cálculos en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, el monto de la pensión en este último es más alto, por lo que presentó reclamación administrativa ante *Colpensiones* el 13 de febrero del 2019.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones manifestó en su contestación que se opone a la prosperidad de las pretensiones incoadas en su contra, por cuanto el demandante no ha probado ninguno de los vicios del consentimiento que alega, como son: error, fuerza y dolo, ni demuestra que se encuentre cobijado por el régimen de transición por contar con más de 15 años cotizados al 1º de abril de 1994.

Formuló las excepciones denominadas inexistencias del derecho reclamado, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y la genérica.

Por su parte *Porvenir S.A.* en su escrito de contestación, se opuso a los pedimentos enervados en el libelo introductorio, bajo la egida de que el demandante no allegó medio probatorio alguno de las razones de hecho que sustentan la nulidad de la afiliación alegada.

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 Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 23 de octubre 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, realizado el 6 de mayo de 1994; declaró que la demandante se encontraba válidamente vinculada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde el 3 de mayo de 1985 a la actualidad, como si nunca se hubiera trasladado y condenó a la AFP *Porvenir S.A.* a devolver a *Colpensiones* todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandantes, como cotizaciones, aportes pensionales, bonos pensionales junto con los rendimientos financieros causados incluidos intereses y comisiones y sin descontar gastos de administración con destino a *Colpensiones*, absolvió a las demandadas de las demás pretensiones y se abstuvo de imponer costas.

Como sustento de su decisión adujo que acorde a la legislación vigente para la época y la jurisprudencia emitida por la H. Corte Suprema de Justicia -Sala Laboral, la AFP debía acreditar que cumplió con el deber de información que permitiera evidenciar que existió un consentimiento informado.

Precisa que la AFP no aportó medio de convicción probatorio de ninguna índole en aras de probar que al demandante le fue brindada la respectiva información, en aras de que existiera un consentimiento informado, por cuanto no se allegó prueba distinta al formulario de afiliación, razón por la cual debe declararse la ineficacia de la afiliación.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión del *a-quo Porvenir S.A* recurre la providencia señalando que por activa se incurrió en un incumplimiento frente a su deber de diligencia y cuidado en sus propios negocios, sin que sea dable beneficiarse de su propia culpa, máxime que estando dentro de la prohibición prevista en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, no se preocupó sino hasta cuando ya no se podía trasladar teniendo en cuenta los montos de la pensión, siendo claro que al momento del traslado la demandante aceptó las características del nuevo régimen, por lo que la diferencia en las mesadas pensionales no puede alegarse como incumplimiento del deber de información, cuando la verdadera razón es el monto de la pensión.

De igual manera que con el fallo se somete a la AFP a documentar la información brindada, lo cual es imposible, pues el único requisito exigido consistía en el lleno del formulario de afiliación; además el afiliado es un consumidor financiero que también debía ser diligente, sin que el desconocimiento de la ley sirva de excusa; además, para la fecha de traslado la AFP no tenía la obligación de realizar ningún tipo de proyección pensional.



Finalmente señala que es caso que se confirme el fallo, no puede ser condenada a la devolución de gastos de administración y al pago de seguros, por cuanto las sumas ya fueron invertidas para cubrir los gastos de la cuenta, en ese orden de ideas la AFP no puede devolver los dineros que canceló a las aseguradoras, pues dichos montos no los tiene en su poder.

A su vez, *Colpensiones* dentro de la etapa procesal pertinente presentó recurso de apelación, manifestando que no se encuentra conforme con la declaratoria de ineficacia, en tanto se pasa por alto que para dicha data solo se requería la manifestación libre y voluntaria del traslado, junto con la suscripción del respectivo formulario de afiliación, por manera que la obligación de doble asesoría nació con una normativa posterior.

Resalta que la exigencia del cumplimiento de normas inexistentes para la data del traslado de régimen, viola el derecho al debido proceso de *Colpensiones*, quien además no participó en el referido traslado, por lo que las consecuencias solo pueden afectar a los interesados; frente al cumplimiento de la carga de la prueba, que hasta el año 2016 los Fondos solo contaban con el formulario de afiliación para acreditar el cumplimiento del deber de información y requerir una carga probatoria adicional se constituye en una obligación de carácter imposible.

Argumenta que en el presente asunto el accionante lleva más de 26 años, por lo que el traslado de régimen afecta el equilibrio y la sostenibilidad financiera consagrados en el artículo 48 de la Constitución Política y el Acto Legislativo 01 del 2005, del cual deviene la prohibición de traslado. Además, los recursos que recibe de los afiliados no resultan suficientes para pagar el derecho pensional como se indica en la sentencia C-046 del 2012.

En caso de que se confirme la sentencia solicita se mantenga la condena, en cuanto a que la AFP debe devolver todos y cada uno de los aportes efectuado por la demandante y se adicione la sentencia en el sentido de que la condena a *Colpensiones* solo se podrá hacer una vez la AFP cumpla con sus obligaciones.

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, tan solo se aportó el formulario de afiliación suscrito por el demandante el 6 de mayo de 1994 ante *Horizonte, S.A* hoy *Porvenir 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 laboraba en Seguros Delta cuando se trasladó a la AFP *Horizonte S.A.*, decisión que obedeció a que en el año 1994 se mencionó que los empleados se trasladarían a la referida AFP; que se encontraba trabajando cuando se presentaron los asesores y le dijeron que el ISS se iba a liquidar y en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad podría pensionarse con una mesada pensional más alta y muy seguramente a una edad menor, luego ellos pasaron por los puestos de trabajo recogiendo las respectivas firmas de los formularios.

En ese orden de ideas, no se acreditó el cumplimiento del deber de información, por lo cual le asistió razón al *a-quo* al declarar la ineficacia del traslado.

Respecto a la inconformidad de la AFP 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 al que alude *Colpensiones* en la alzada, 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 la AFP devolverá 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 la AFP jamás existió, y esta tienen el deber de trasladar todos los dineros que se hayan cotizado a su fondo provenientes de la afiliación.

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”*.

Finalmente, frente a la solicitud de adición de la providencia elevada por *Colpensiones*, consistente en que las condenas impuestas en su contra se hagan exigibles, una vez la AFP realice el traslado de todos los recursos y efectúe las correcciones en el sistema, no puede consentir la Sala tal pedimento, por cuanto ello podría repercutir en la efectividad de todos aquellos derechos que se derivan de la validez de su afiliación al Sistema Pensional, por manera que *Colpensiones* deberá cumplir de forma inmediata esta providencia en el sentido de tener como afiliada a la demandante, como si jamás se hubiere hecho el traslado de régimen. Sin perjuicio claro está, de que dicha orden enerve a la AFP demandada a cumplir las cargas que en la presente providencia se le imponen.

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;

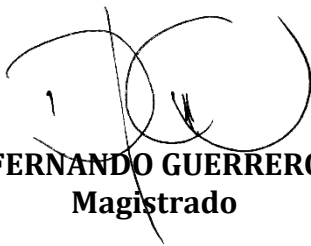


RESUELVE:

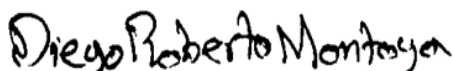
PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 23 de octubre del 2020 por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

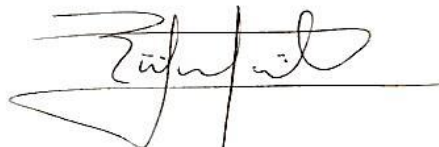
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



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 05 2019 00594 01
Demandante:	VALENTINA CASTAÑO CASTAÑEDA
Demandados:	EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P.
Magistrado Ponente:	DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021).

AUTO:

Procede la Sala inicialmente a pronunciarse frente al recurso de reposición presentado por la parte demandante en contra del auto del 9 de diciembre del 2020, mediante el cual se admitió el desistimiento y se admitió el proceso en el grado jurisdiccional de consulta.

CONSIDERACIONES:

Sostiene el recurrente que conforme el artículo 314 del C.G.P, la parte demandante tiene la facultad de desistir de las pretensiones de la demanda, mientras no se haya dictado sentencia que ponga fin al proceso, y por lo tanto, conforme lo indica la referida norma, se entiende que el desistimiento comprende el respectivo recurso y en consecuencia de la totalidad de las pretensiones, resultando inviable que el proceso continúe en curso.



Frente al particular, es menester de la Sala acotar que de conformidad con el artículo 318 del C.G.P., *“Los autos que dicten las salas de decisión no tienen reposición; podrá pedirse su aclaración o complementación, dentro del término de su ejecutoria”*. En ese sentido, no resulta procedente el recurso de reposición para impugnar la decisión adoptada por la Sala de Decisión.

No obstante, en gracia de discusión se debe reiterar que el desistimiento, es una figura jurídica que le permite a la parte titular de un derecho disponer del mismo, en el sentido de retractarse de una actuación surtida en el curso del proceso e incluso de las súplicas que dieron curso al proceso, figura que se encuentra debidamente reglada a efectos de garantizar el debido proceso (Art. 29 de la C.P.), por manera que dicha disposición del derecho, aun cuando pueda comprender la renuncia de este, se encuentra sujeto a las disposiciones legales dispuestas por el legislador, en este caso particular en el artículo 314 del C.G.P, aplicable a los juicios laborales por disposición del artículo 145 del C.P.T, cuyo tenor literal es el siguiente:

“El demandante podrá desistir de las pretensiones mientras no se haya pronunciado sentencia que ponga fin al proceso. Cuando el desistimiento se presente ante el superior por haberse interpuesto por el demandante apelación de la sentencia o casación, se entenderá que comprende el del recurso.

“El desistimiento implica la renuncia de las pretensiones de la demanda en todos aquellos casos en que la firmeza de la sentencia absolutoria habría producido efectos de cosa juzgada. El auto que acepte el desistimiento producirá los mismos efectos de aquella sentencia.

Implica lo enunciado que si bien le asiste la razón al recurrente al referir que el desistimiento de la demanda puede ser formulado en cualquier momento previo a que se dicte la providencia que ponga fin al proceso, y que de ocurrir en segunda instancia, conlleva implícitamente el desistimiento del recurso. Lo cierto es que dicho punto en efecto lo comparte la Sala y no lo discute, al punto que fue con



fundamento en estos mismos presupuestos que mediante el auto hoy recurrido, se aceptó el desistimiento de la demanda.

Sin embargo, al margen de lo enunciado, no puede pasarse por alto que las disposiciones procesales que rigen la materia laboral, en particular el grado jurisdiccional de la consulta concebido en materia laboral como una revisión oficiosa que debe surtir el superior jerárquico por disposición legal, cuando quiera que se cumpla con alguno de los presupuesto jurídicos previstos en el artículo 69 del C.P.T y la S.S, entre estas, cuando la sentencia fuere totalmente adversa a las pretensiones del trabajador, concebida como una herramienta procesal instituida en aras de salvaguardar los derechos de los trabajadores que históricamente han sido reconocidos como la parte más débil y frágil dentro de las relaciones laborales y por ende, merecedores de un especial trato por parte del estado. Sobre esta perspectiva, la Corte Constitucional en sentencia C-424 del 2015, explicó:

“3. El tratamiento especial que la constitución reconoce a favor de los trabajadores, se refleja en una legislación más benévola en el establecimiento de mayores garantías, el reconocimiento de la realidad sobre la formas, entre otras beneficios, prerrogativas con las que no cuenta el otro extremo del vínculo contractual –empleador-. En otras palabras, independientemente al modo en el que legislador previó para que el trabajador resolviera sus controversias - proceso verbal, ordinario de única o doble instancia-, ello, no implica que el valor intrínseco que representa el derecho sea encasillado en una mayor o menor categoría, pues, tratándose de los derechos reconocidos a los trabajadores, como adquiridos, mínimos e irrenunciables, merecen la misma protección y garantía de la recta y pronta administración de justicia, materializada en el control que se ejerce por un juez especializado en el grado jurisdiccional de consulta, (...)”

Hechas estas aclaraciones, en tanto el artículo 314 del C.G.P, establece que el auto mediante el cual se acepta el desistimiento implica o redunda en las mismas consecuencias que aparejaría un fallo de carácter absolutorio, deviene lógico y necesario que conforme lo reglado en el artículo 69 del C.P.T y la S.S, se surta el



análisis del proceso en el grado jurisdiccional de consulta, como fuere establecido en el auto del 9 de diciembre del 2020.

Ante estos razonamientos, no se repondrá el proveído recurrido. En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C.,

RESUELVE

PRIMERO: NO REPONER, el auto de fecha nueve (9) de diciembre de dos mil veinte (2020), de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SENTENCIA:

Acto seguido, procede la Sala a desatar el grado jurisdicción de consulta, contra la sentencia proferida el 4 de agosto de 2020 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Valentina Castaño Castañeda* presentó demanda ordinaria laboral en contra de la *Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P.*, a efectos que se declare que en los artículos 57 y 58 de la Convención Colectiva de Trabajo celebrada entre la empleadora y la organización sindical SINTRAEMSDES el 24 de noviembre de 2015, se dispuso que los contratos de quienes se encontraren vinculados serían a término indefinido, prerrogativa de la cual es beneficiaria.



En consecuencia, se tenga que el contrato de trabajo suscrito el 2 de enero de 2013 pactado a término fijo, corresponde por la normativa convencional, a duración a término indefinido, y se condene a la accionada a reconocer todos y cada uno de los beneficios convencionales a que tiene derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que los trabajadores vinculados a la *Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P.* ostentan el estatus administrativo laboral de trabajadores oficiales, y al interior de la empresa existe la organización sindical SINTRAEMSDES. Que el 24 de noviembre de 2015 se celebró Convención Colectiva de Trabajo, la cual en el artículo 57 consagra que, para garantizar la estabilidad de los trabajadores, se suscribirán los contratos de trabajo a término indefinido, y bajo tal modalidad se tendrán a quienes se hayan vinculado con anterioridad a la vigencia de la Convención Colectiva de Trabajo.

Por su parte, el artículo 58 *ejusdem* estipula que solo se puede contratar a término fijo cuando se trate para la realización de una obra o labor determinada, o para ejecutar un trabajo ocasional, accidental o transitorio, y para reemplazar personal en vacaciones o en licencia.

Señala que se vinculó el mediante contrato escrito de trabajo a término fijo el 2 de enero de 2013, cuya duración se pactó hasta el 1º de julio de 2013, desempeñando el cargo de tecnólogo administrativo grado 31, contrato que de conformidad con diversas misivas, se prorrogó hasta el 30 de noviembre de 2015, y el 2 de diciembre de 2015 se celebró contrato de trabajo a término fijo, el cual se prorrogó hasta el 31



de diciembre de 2019, continuando vigente, por lo cual, ha laborado de manera ininterrumpida por espacio superior a seis (6) años.

Que en virtud de lo regulado en la Convención Colectiva de Trabajo, el contrato se entiende a término indefinido, máxime que los concursos a que hace alusión el capítulo VII en el denominado “Régimen de Transición”, fueron establecidos para los trabajadores que ingresan con posterioridad a la vigencia de la normativa extralegal.

Finalmente, que agotó la reclamación administrativa, y la empresa accionada de manera arbitraria abrió concurso para el cargo que viene desempeñando.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La *Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P.*, operó la *litis contestatio* señalando que la correcta intelección del artículo 57 Convencional, implica estimar que los contratos que se entienden celebrados a término indefinido, son los que se vincula previo concurso de méritos; de otra parte, en el artículo 51 *ejusdem* se consagra que a partir del 1º de diciembre de 2015, los trabajadores que laboran en procesos comerciales, operativos, de acueducto y de gestión social, serían vinculados mediante contrato a término fijo, lo cual se predica del cargo desempeñado por la accionante, aunado a ello que la normativa en mención regula un régimen de transición, según el cual la provisión será a término indefinido de las vacantes que surjan por la provisión de empleos mediante concurso de méritos; señala que el contrato inicialmente pactado culminó el 30 de noviembre de 2015, en virtud de ser un empleo transitorio, y el último contrato de trabajo se pactó el 2 de diciembre de 2015, para ocupar un cargo, que si bien tiene la misma denominación, es diferente al pertenecer a la planta definitiva, siendo procedente la vinculación



mediante contrato de trabajo a término fijo, según las normativas convencionales, mismo que se ha venido prorrogando hasta la provisión por el concurso de méritos.

Formuló como excepciones de mérito las que denominó buena fe, prescripción e inexistencia del derecho.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 4 de agosto de 2020 absolvió a la parte demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra.

Para tal efecto estimó que en el contrato de trabajo del 2 de enero de 2013, se señaló que el mismo tendría duración fija, ello en virtud de lo convenido con la organización sindical en la Convención Colectiva de Trabajo de vigencia 2012-2014, lo cual además se sustenta en corresponder a una planta transitoria surgida en un proceso de negociación; de igual manera, en los memorandos enviados a la trabajadora, se refiere que la planta transitoria fue prorrogada, y en la Convención Colectiva de Trabajo con vigencia 2015, en la cláusula 51 se dispuso de manera clara e inequívoca, que los contratos de trabajo de la planta transitoria, culminarían en noviembre de 2015 y los trabajadores que vinieran vinculados con anterioridad, serían contratados mediante contrato de trabajo a término fijo; por lo cual, no existe una interpretación más favorable a la parte demandante, máxime que el artículo 57 Convencional no regula la situación concreta de la accionante, sino el artículo 51 *ejusdem*.

II. RECURSO DE APELACIÓN:



Por activa se formuló recurso de alzada contra la sentencia de primera instancia, argumentando que el *a-quo* no tuvo en cuenta el Acuerdo 24 de 2015, en el cual se dispone un cambio en la estructura de la empresa, con la creación de cargos 1193 a término indefinido, para lo cual se hace remisión al artículo 57 de la Convención Colectiva de Trabajo, así como a las negociaciones que se desarrollaron para la creación de la planta de personal.

De otra parte, que no es dable dejar de aplicar la norma más favorable, contenida en el artículo 57 de la Convención Colectiva de Trabajo, desconociendo además que el artículo 58 *ejusdem* estipulas las únicas excepciones que permiten una contratación a término fijo, dentro de las cuales no se encuentra el empleo ocupado por la accionante.

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 trabajadora tiene derecho a que el contrato de trabajo se tenga como de duración a término indefinido, en virtud de las cláusulas 57 y 58 de la Convención Colectiva de Trabajo.



a. CONTRATO DE TRABAJO A TÉRMINO INDEFINIDO:

Inicialmente debe acotar la Sala que no existe discusión respecto de la vinculación laboral de la accionante en calidad de trabajadora oficial, la cual se pactó en última oportunidad desde el 2 de diciembre de 2015 mediante contrato de trabajo a término fijo, el cual se ha prorrogado en diversas oportunidades, desempeñando el empleo denominado Tecnólogo Administrativo Grado 31. Tampoco fue objeto de debate en el transcurso del proceso la afiliación de la demandante al sindicato SINTRAEMSDES, aportándose además copia de la Convención Colectiva de Trabajo como del acta de depósito.

Ahora bien, se refiere por activa que en virtud de lo regulado en los artículos 57 y 58 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita el 24 de noviembre de 2015, el contrato de trabajo debe entenderse pactado a término indefinido, señalando el recurrente que el *a-quo* verificó una interpretación normativa errónea, que no se atiene a los postulados del principio de favorabilidad.

En el Capítulo VII sobre Garantías Laborales de la Convención Colectiva 2015- 2019 suscrita entre la empleadora y el sindicato SINTRAEMSDES el 24 de noviembre de 2015, el artículo 57, preceptúa:

«Artículo 57. CLASE DE CONTRATO: Con el objeto de garantizar la estabilidad de los trabajadores entiéndase que todos los contratos que suscriba la Empresa con los trabajadores serán celebrados a término indefinido. La empresa se compromete a vincular a todos sus trabajadores oficiales mediante contrato de trabajo a término indefinido previo concurso de mérito con los criterios del escalafón.»



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

Parágrafo 1: Los encargos deben efectuarse por el tiempo que dure la vacante del empleo, pasado el cual el encargado reasumirá sus funciones si no las desempeñaba simultáneamente. Cuando se trate de vacantes definitivas el encargo no podrá exceder de sesenta (60) días; cumplido este término, debe proveerse la vacante en forma definitiva. En todo caso el encargo no podrá ser superior a tres (3) meses. Se exceptúan de este artículo los permisos sindicales y los demás casos previstos en la ley

El tiempo de los encargos y su remuneración se reconocerán de acuerdo con lo establecido en la presente Convención Colectiva, Escalafón y el Reglamento Interno de Trabajo.

Parágrafo 2: La Empresa procurará la vinculación del personal transitoria al servicio de la misma en Chingaza, una vez haya terminado el proyecto y de acuerdo con la disponibilidad de cargos existentes en la planta de personal de La Empresa (**Artículo 78- Convención 2012-2014**) (**Acordado CCT 2004-2007 art. 39 y CCT 2008-2011 art. 63**)» (Negrillas y subrayas de la Sala).

Por su parte, el artículo 58 *ejusdem*, dispone:

«ARTÍCULO 58 CONTRATO OCASIONAL O TRANSITORIO Y A TÉRMINO FIJO: La empresa **podrá celebrar contratos que no tengan el carácter de contratos a término indefinido**, cuando se trate de la realización de una obra o labor determinada, de la ejecución de un trabajo ocasional, accidental o transitorio, casos en los cuales podrá celebrarse por el tiempo que dure la realización de esta obra o trabajo únicamente.

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



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

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

En ningún caso podrá vincularse trabajadores mediante contrato laboral a término fijo que no obedezca a las anteriores justificaciones ni por términos mayores a los especificados para cada evento (Artículo 79-Convención 2012-2014) (Acordado CCT 2004-2007 art. 44 y CCT 2008-2011 art. 64.)» (Negrillas y subrayas de la Sala).

De la lectura de las cláusulas convenciones transcritas, se evidencia que la intelección no es otra que la vinculación de los trabajadores debe hacerse mediante contrato de trabajo a término indefinido, y por excepción, a término fijo o por duración de la obra o labor, o para cubrir vacantes temporales.

De igual manera, se establece que los trabajadores que ya se encontraban vinculados a la empresa, también ostentarían el beneficio atinente a que el contrato de trabajo sea a término indefinido, mientras subsistan las causas que le dieron origen.

Ahora bien, la accionante para la fecha de suscripción de la Convención Colectiva de Trabajo, esto es, el 24 de noviembre de 2015, ya se encontraba vinculada mediante contrato de trabajo a término fijo suscrito en última oportunidad el 2 de diciembre de 2015 (Fls. 28 a 30), a efectos de ocupar el empleo de Tecnólogo Administrativo Nivel 31, adscrito a la División de Atención al Cliente Zona Dos, con vigencia inicial hasta el 31 de diciembre de 2016, y que se ha venido prorrogando sucesivamente.

Se debe acotar que la accionante tenía una vinculación laboral anterior para ocupar el mismo cargo, toda vez que se vinculó inicialmente mediante contrato de trabajo



del 2 de enero de 2013 (Fl. 21), el cual se prorrogó hasta el 30 de noviembre de 2015 (Fl. 27).

Bajo tal entendido, la contratación vigente entre las partes se suscribió con posterioridad a la celebración del acuerdo colectivo, no siendo objeto de apelación la eficacia del último contrato de trabajo suscrito.

No debe soslayarse que la norma convencional aportada al proceso contempla en los artículos 38 a 58 disposiciones sobre estabilidad en el empleo, régimen contractual y la planta de personal, las cuales deben ser analizadas en forma sistemática:

“CAPITULO V

ESTRUCTURA, PLANTA DE PERSONAL, ESCALAFÓN Y CURVA SALARIAL

ARTÍCULO 38. PLANTA DE PERSONAL MÍNIMA DE LA EAB-ESP: *La Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá y SINTRAEMSDDES Subdirectiva Bogotá, acuerdan que a partir de la firma de la presente Convención Colectiva de Trabajo, la planta de personal de trabajadores oficiales es de TRES MIL QUINIENTOS TREINTA Y NUEVE (3.539) cargos, y la planta de personal de empleados públicos es de SETENTA Y NUEVE (79) empleados; en adelante la planta de personal oficial mínima de la EAB ESP es de TRES MIL SEISCIENTOS DIECIOCHO (3.618) trabajadores con sus respectivos cargos.*

Los TRESCIENTOS SESENTA Y TRES (363) trabajadores oficiales con sus respectivos cargos que hacen parte de los procesos de lectura, revisiones internas, reparto y volanteo de Acueducto y Alcantarillado, es decir, la planta de adopción e implementación de nueva tecnología, y los SESENTA Y NUEVE trabajadores oficiales con sus respectivos cargos del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo, en cumplimiento de la CCTV artículo 79 párrafo tercero serán contratados a término fijo por 5 meses periodo prorrogable automáticamente por el mismo periodo, hasta tanto la EAB- ESP implemente la tecnología de punta en medición y facturación para ejecutar estos procesos; la implementación que no podrá exceder el término de CINCO (5) años a partir de la firma de la presente convención



colectiva. Los trabajadores que ejecuten estas actividades gozarán de todos los beneficios y garantías contractuales y convencionales acordadas a la firma de la presente Convención Colectiva de Trabajo.

Una vez la EAB-ESP inicie la implementación de la innovación tecnológica en las actividades de lectura, revisión, reparto y volanteo de Acueducto y Alcantarillado y la viabilidad del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo; definirá los cargos necesarios para estos procesos y los restantes se suprimirán automáticamente de la planta de personal definida en la presente convención colectiva.

Si la EAB-ESP no ha implementado la innovación tecnológica dentro de los (5) años siguientes a la suscripción de la presente convención colectiva, se obliga a convocar a los trabajadores que hacen parte de los procesos de lectura, revisiones internas, reparto y volanteo de Acueducto y Alcantarillado la viabilidad del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo, a concurso de méritos en los términos establecidos en la presente Convención Colectiva de Trabajo. Los contratos a término fijo se prorrogarán hasta que los procesos de concurso concluyan que no podrán exceder a quince (15) meses.

La vinculación de los trabajadores que hacen parte de los procesos de lectura, revisiones internas, reparto y volanteo de Acueducto y Alcantarillado y del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo, se realizará por concurso de méritos en las mismas condiciones de ingreso del Régimen de Transición por única vez, para proveer las vacantes que resulten por la adopción de la planta de personal, con la participación de todos los trabajadores vinculados a la EAB-ESP, mediante contratos a término indefinido, término fijo, labor contratada y OPS en igualdad de condiciones.

Parágrafo 1: *Una vez surtido el proceso de vinculación de los trabajadores que hacen parte de los procesos de lectura, revisiones internas, reparto y volanteo de Acueducto y Alcantarillado y la viabilidad del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo, las vacantes que resulten en adelante serán llenadas de conformidad con el artículo 39 de la Convención Colectiva de Trabajo Vigente.*

Parágrafo 2: *La EAB-ESP- exceptuará del proceso anterior las vacantes que resulten de la planta oficial actual de la EMPRESA, y en consecuencia continuará dando estricto cumplimiento al artículo 39 de la CCT (ESTRUCTURA Y PLANTA DE PERSONAL)*



(...)

ARTÍCULO 39: ESTRUCTURA Y PLANTA DE PERSONAL

(...)

Parágrafo 3: La Empresa implementará los procesos de selección para llenar las vacantes que allí se generen, dando aplicación al Ciclo de Desarrollo Humano que se apruebe. Este proceso se adelantará así: primero, internamente dando prioridad en participación a los trabajadores vinculados con la EAB-ESP a término indefinido; segundo, se procederá con aquellos trabajadores con contrato a término fijo, prestación de servicios o por labor contratada que lleven vinculados con la EAB-ESP de forma continua o discontinua por cuatro o más años; tercero, se procederá con aquellos trabajadores con contrato a término fijo, prestación de servicio o por labor contratada que lleven vinculados con la EAB-ESP de forma continua o discontinua entre un año y cuatro años; y cuarto, el mismo procedimiento a los trabajadores que con cualquier modalidad de contrato que lleven menos de un año o con personal externo.

(...)

CAPITULO VI RÉGIMEN DE TRANSICIÓN

ARTÍCULO 49. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN: La Empresa de Acueducto Alcantarillado y Aseo de Bogotá y SINTRAEMSDES Subdirectiva Bogotá acuerdan crear un Régimen de Transición para la vinculación de personal por un periodo de cinco (5) años, el cual inicia a partir del primero (1) de diciembre del año 2015 y termina el treinta (30) de noviembre del año 2020, **para facilitar el ingreso con contrato a término indefinido a través de concurso de méritos de los trabajadores a la planta de personal oficial de la EAB-ESP.** Durante el término del Régimen de Transición se hará aplicación diferenciada de los derechos respecto al régimen (3) de la actual convención colectiva de trabajo en: salud, préstamo de vivienda, prima de antigüedad y Colegio Ramón B. Jimeno. A partir del primer día del sexto año de vinculación a la Empresa, tendrán todos los derechos que otorga al trabajador el régimen tres (3) de la presente convención colectiva de trabajo.

Parágrafo: Cualquier trabajador que ingrese a la empresa a partir de la firma de la presente convención colectiva de trabajo, durante el



régimen de transición se le aplicarán las condiciones establecidas en esta convención para dicho régimen hasta el vencimiento del mismo, luego de lo cual seguirá vinculado con las mismas condiciones establecidas en la Convención Colectiva de Trabajo Vigente (Acta de Acuerdo No. 7 de 2015)

ARTÍCULO 50. DERECHOS DE LOS TRABAJADORES VINCULADOS MEDIANTE CONTRATOS A TÉRMINO FIJO Y LABOR CONTRATADA: La EAB-ESP y SINTRAEMSDES Subdirectiva Bogotá, acuerdan que a partir de la firma de la presente Convención Colectiva de Trabajo los trabajadores **contratados bajo las modalidades de contrato a término fijo** y labor contratada tendrán los mismos derechos convencionales establecidos **en el periodo de transición.**

PARÁGRAFO: Vencido el régimen de transición los trabajadores con contrato a término fijo y labor contratada se seguirán beneficiando de la Convención Colectiva de Trabajo en los términos anteriores, que conllevan a la excepción de los derechos de préstamo de vivienda, becas de educación formal y quinquenio (Acta de Acuerdo No. 7 de 2015).

ARTÍCULO 51. VINCULACIÓN DE TRABAJADORES CON CONTRATOS A TÉRMINO FIJO Y LABOR CONTRATADA: La Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá ESP y SINTRAEMSDES Subdirectiva Bogotá definieron que el Régimen de Transición irá desde el 1 de diciembre de 2015 hasta el 30 de noviembre de 2020. **Los contratos a término fijo celebrados por la EAB-ESP en la planta transitoria vencen el 30 de noviembre de 2015.** Las partes acuerdan que, a partir del 1 de **diciembre de 2015, los trabajadores que hoy laboran en los procesos comerciales, operativos de acueducto y de gestión social de los servicios acueducto y alcantarillado y los trabajadores del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo serán vinculados con contrato a término fijo, dentro de la Planta Oficial Definitiva de la EAB-ESP** por un término inicial de trece meses (13) que irá desde el 1 de diciembre de 2015 hasta el 31 de diciembre de 2016. Estos contratos se prorrogarán automáticamente conforme con lo establecido en el capítulo de Formalización Laboral contenido en la presente Convención Colectiva de Trabajo. (...).

“[...]

«ARTÍCULO 53: CONCURSO DE MÉRITOS, POR ÚNICA VEZ PARA PROVEERLAS VACANTES QUE RESULTEN POR LA ADOPCIÓN DE LA



PLANTA DE PERSONAL. Por una única vez la EAB-ESP hará la provisión de personal a término indefinido de las vacantes que resulten por la adopción de la planta de cargos definitiva de trabajadores oficiales, mediante proceso de concurso de méritos que se realizará en tres (3) Convocatorias así.

Primera Convocatoria: Podrán participar todos los trabajadores de la EAB-ESP, mediante contratos a término indefinido, término fijo y labor contratada vinculados a la firma de la presente Convención de Trabajo. El personal que a la firma de la presente Convención Colectiva se encuentre desarrollando actividades de Call Center que lleve como mínimo un (1) año vinculado a este proceso al interior de la EAB-ESP, podrá participar en esta convocatoria.

Luego el artículo 53 de la Convención Colectiva de Trabajo, adoptó la creación de un concurso de méritos, por una única vez para proveer las vacantes de personal a término indefinido que resulten por la adopción de la planta de personal definitiva.

De conformidad con el clausulado transcrito, se advierte, aunque es cierto que la demandada debe vincular a todos sus trabajadores mediante contrato de trabajo a término indefinido, particularmente aquellos que venían vinculados bajo otra modalidad a la entidad a la suscripción de la convención, salvo las excepciones ya anotadas, en el mismo acuerdo se habilitó a la demandada a terminar los contratos de trabajo de aquellas personas que laboraban en la planta transitoria de «los procesos comerciales, operativos de acueducto y de gestión social de los servicios acueducto y alcantarillado y los trabajadores del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo» para vincularlos nuevamente, a partir del 1º de diciembre de 2015 en la planta fija de la empresa mediante contratos de trabajo a término fijo.

En efecto, se reitera que el artículo 51 de la Convención Colectiva de Trabajo, consagra que los contratos a término fijo celebrados por la EAB-ESP en la planta transitoria vencen el 30 de noviembre de 2015, “Las partes acuerdan que, a partir del 1º de diciembre de 2015, los trabajadores que hoy laboran en los procesos



comerciales, operativos de acueducto y de gestión social de los servicios acueducto y alcantarillado y los trabajadores del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo serán vinculados con contrato a término fijo”, situación que se subsume en la situación particular de la accionante, ello en tanto (i) el contrato de trabajo suscrito el 2 de enero de 2013 se dio por terminado el 30 de noviembre de 2015; (ii) se suscribió un nuevo contrato de trabajo a término fijo el 1º de diciembre de 2015; y (iii) el empleo ocupado se adscribe a los procesos comerciales, operativos de acueducto y de gestión social de los servicios acueducto y alcantarillado.

De otra parte, aunque en el artículo primero del Acuerdo 024 de 20 de noviembre de 2015 «*Por medio del cual se modifica el Acuerdo de Junta Directiva No. 12 de 25 de junio de 2007*» (fls. 165 a 172) se creó en la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. «*una planta de mil ciento noventa y tres (1193) cargos de trabajadores **oficiales a término indefinido**, (...) para garantizar la prestación de las actividades de la operación comercial, operativa de acueducto y gestión social, en forma permanente y continua, las cuales eran ejecutadas a través de contratos especiales de gestión operativa y comercial*», cuya contratación debía realizarse a través de contratos de trabajo con la modalidad a término indefinido, no obstante, al menos durante la vigencia del régimen de transición, y por virtud de la propia Convención Colectiva, se le permitiría a la encartada realizar la provisión de dichos cargos por contratos a término fijo, con el fin de que esta pudiera adelantar el concurso de méritos respectivos para proveer de manera definitiva los mismos.

En ese orden de ideas, es claro que la vinculación se ajusta a lo previsto en el artículo 51 de la Convención Colectiva de Trabajo, pues dicha normativa determinó que la planta transitoria vencía el 30 de noviembre de 2015, fecha en la que en efecto terminó su contrato, y fue contratada nuevamente el 2 de diciembre de 2015



mediante contrato a término fijo, lo cual se acompasa a lo previsto en la norma en cita.

Valga decir, a juicio de la Sala, la creación de la transición en la convención contrario cercenar los derechos de los trabajadores vinculados lo que busca es garantizar la igualdad de condiciones en el acceso al trabajo, y para ello en ese mismo instrumento se diseñó un sistema de concurso de méritos en el cual los trabajadores con contrato a término fijo podrán participar a efectos de hacerse beneficiarios de la vacante en la modalidad de contrato a término indefinido.

Un entendimiento contrario, sería tanto como desconocer la voluntad de las partes plasmada en la convención y constituiría una interpretación restrictiva que no se acompasa con la verdadera intención que es fortalecer el mérito, pues como se ve, con el régimen de transición lo que garantiza es la participación en los concursos de aquellas personas vinculadas a través de contrato de trabajo con modalidades distinta al término indefinido.

En ese orden de ideas, no es dable acceder a los pedimentos de la parte demandante, motivo que impele a confirmar la sentencia de primer grado. **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 y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:



PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 4 de agosto de 2020 por el Juzgado Quinto 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 24 2019 00014 01
Demandante: GILBERTO HERNÁNDEZ
Demandado: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
 COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar en el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante la sentencia proferida el 23 de septiembre del 2020 proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *Gilberto Hernández* presentó demanda ordinaria laboral en contra de *Colpensiones* a efectos que se condene a la demandada a pagarle el incremento pensional por persona a cargo desde el 1° de enero del 2009, más la indexación de las codenas que se profieran, las costas procesales, los intereses moratorios y lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:



Como fundamento de sus pretensiones adujo que mediante Resolución No 04877 de 2009 le fue reconocida la pensión de vejez a partir del 1° de febrero del 2009 conforme lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990, por ser beneficiario del régimen de transición; que contrajo matrimonio con la señora *Elvia Castañeda Ramírez* el 23 de agosto de 1975, con quien convive de manera permanente e ininterrumpida bajo el mismo techo y compartiendo el mismo lecho, a más que ser quien depende económicamente de él.

Finalmente expresa que radicó la respectiva reclamación administrativa el 7 de septiembre del 2018, no obstante, *Colpensiones* denegó su solicitud.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada *Colpensiones* se opuso a la prosperidad de las pretensiones por carecer de fundamento legal y fáctico, por tanto, al no existir el derecho reclamado, no puede ser condenado en costas y agencias en derecho.

Propuso y sustentó como medios exceptivos los que denominó falta de causa para pedir, cobro de lo no debido, violación al principio constitucional de sostenibilidad del sistema, prescripción y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 23 de septiembre del 2020 absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra y se abstuvo de fulminar condena en costas.

Como sustento de su decisión indicó que los incrementos que refiere el literal b) del artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 no se encuentran vigentes, por cuanto fueron



derogados a la entrada en rigor de la Ley 100 de 1993, tal como lo adoctrinó la Corte Constitucional en la sentencia SU-140 de 2019.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En la medida en que la sentencia fue totalmente adversa a las pretensiones del libelista, resulta indispensable entrar a realizar el análisis de la presente providencia en el grado jurisdiccional de consulta a favor del actor.

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 incremento pensional por cónyuge a cargo.

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 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.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en providencia SL4051-2018, Radicación No. 60955 del 18 de septiembre de 2018, señaló:

“Ha de indicarse el acierto que tuvo el juez de segundo grado al indicar que el incremento por persona a cargo consagrado en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, mantuvo su vocación de permanencia aún para las pensiones que fueron otorgadas bajo la vigencia de la Ley 100 de 1993 y en aplicación de la transición prevista en su artículo 36. Lo anterior, toda vez que se encuentra ajustado a lo reiteradamente aducido por esta Corporación en su pacífica jurisprudencia, particularmente en providencias CSJ SL, 27 julio 2005, radicación 21517, CSJ SL, 5 diciembre 2007, radicación 29741 y CSJ SL, 10 agosto 2010, radicación 36345.

“Se precisa que dicho incremento no surge de manera automática por el simple hecho de que el pensionado se encuentre casado y tenga hijos menores de edad a su cargo. Por el contrario, para la procedencia en el aumento de 14% por concepto de cónyuge o compañera permanente, el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 exige que se acredite la condición de dependencia económica de esta [...]”

Postura que además se ha mantenido en la sentencia SL809-2020, Radicación No. 68868, del 10 de marzo de dos 2020, en la que estableció:

“Al respecto, como primera medida, cabe recordar, que esta Sala ha considerado y es su criterio actual, la procedencia o pertinencia de los incrementos previstos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, para quienes les fue reconocida la pensión de vejez establecida en el artículo



12 del citado Acuerdo, aún después de la promulgación de la Ley 100 de 1993, por aplicación del régimen de transición consagrado en el artículo 36 ibídem. Así, quedó establecido en sentencias CSJ SL, 27 jul. 2005, rad. 21517, CSJ SL, 5 dic. 2007, rad. 29741, reiterada en CSJ SL, 10 ag. 2010, rad. 36345

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.

a. 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 No 004877 del 2009 (Fl 13) 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 haberle reconocido el *Instituto de Seguros Sociales* 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, en este caso, de su cónyuge.

Respecto a la calidad de cónyuge de la señora *Evelia Castañeda Ramírez* se aportó el respectivo registro civil de matrimonio, el cual da cuenta de que la pareja contrajo nupcias el 23 de agosto de 1975 (Fl 14).

Ahora, en lo que respecta a la dependencia económica, se aportó al plenario soporte de afiliación de la señora *Evelia Castañeda Ramírez* como beneficiaria en salud del demandante (Fl 18).

Igualmente, fueron evacuados los testimonios de *Kelly Paola Flores Romero* y *María del Carmen Pérez Rodríguez*, vecinos de la pareja, quienes aducen que conviven juntos y que la señora *Evelia Castañeda* depende económicamente de su cónyuge, en tanto no desarrolla actividad económica alguna, precisando que, aunque tienen dos hijos, estos no les ayudan económicamente, por cuanto tienen sus propias obligaciones.

Por tanto, se concluye que el señor *Gilberto Hernández* 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.

Respecto a la prescripción, propuesta como excepción en la contestación de la demanda, encuentra esta Sala, que esta se probó dentro del presente proceso, 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 artículo 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, y la reclamación



administrativa transcurrió un término superior a los tres años previstos en los artículos 488 del C.S.T. o 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 esta 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, 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, por personas a cargo, 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. 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.

En tal sentir, como quiera que al demandante le fue concedida su pensión de vejez mediante la Resolución No 004877 del 2009 (Fl 13), data para la cual ya se encontraba casado con su cónyuge y esta dependía económicamente de él, no cabe duda alguna que al haberse radicado la reclamación administrativa hasta el 7 de septiembre del 2018 (Fl 15) y quedar radicada la presente demanda el 11 de enero del 2019 (Fl 20), operó el fenómeno jurídico de la prescripción respecto de los incrementos pensionales hoy reclamados.

De cara lo indicado, se confirmará la sentencia absolutoria objeto de consulta, pero con fundamento en los argumentos que fueren expuestos por esta Sala en la presente providencia.

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 de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 23 de septiembre del 2020, por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, pero con fundamento en los argumentos expuestos en 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 29 2019 00142 01
Demandante: GLORIA OLGA CEPEDA PEÑA
Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de enero 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 25 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:

La señora *Gloria Olga Cepeda Peña* interpuso demanda ordinaria laboral en contra de *Porvenir S.A* y *Colpensiones* a efectos que declare la nulidad de la vinculación de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; se ordene a la AFP a trasladarla de régimen, enviando el valor de los saldos o aportes pensionales que se hayan consignado en la cuenta de ahorro individual, reembolsando los gastos y cobros realizados por aportes pensionales, junto con los rendimientos y los gastos de



administración, 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 prestó sus servicios personales a la Iglesia Cristiana Integral, afiliándose inicialmente al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y posteriormente se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante la suscripción del formulario de afiliación.

Precisa que la AFP contrató a un sin número de vendedores y asesores comerciales para la captación de trabajadores y su respectiva afiliación, quienes no tenían un amplio e idóneo conocimiento en temas de seguridad social, quienes la indujeron de forma equívoca a vincularse.

Por lo anterior presentó reclamación ante las hoy demandadas, con el objeto de obtener el traslado de régimen, no obstante, denegaron su solicitud.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones operó la *litis contestatio*, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, aduciendo que la demandante se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; además no se probó el error, fuerza o dolo en la afiliación a la AFP.

Propuso y sustentó como excepciones de mérito las que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social, buena fe y la genérica.

Porvenir S.A. en su escrito de contestación se opuso a las pretensiones, enervando como fundamento que el traslado realizado por la demandante fue legalmente realizado con la suscripción del formulario de vinculación o traslado de régimen.



Formuló como medios exceptivos los que denominó prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación, inexistencia de la obligación al cargo de la demandada, cobro de no lo debido, buena fe, compensación y la genérica.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El 25 de agosto del 2020 el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia del traslado de régimen de pensión de la demandante realizada a *Horizonte S.A* hoy *Porvenir S.A.* el 8 de febrero del 2002, para en consecuencia declarar que para todos los efectos legales que la afiliada nunca se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y por lo mismo siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida; ordenó a *Porvenir S.A.* a devolver a *Colpensiones* todos los valores recibidos, como cotizaciones y rendimientos, sin lugar a descuento alguno; ordenó a *Colpensiones* a recibir todos los dineros de *Porvenir S.A.*; dejó sin efecto la emisión y remisión del bono pensional tipo A emitido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, absteniéndose de imponer condena alguna por concepto de 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 8 de febrero del 2002 a *Horizonte S.A.* hoy *Porvenir S.A.* (Fl 85), 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, pues refiere que el traslado se generó con ocasión de una visita que recibió en su trabajo por parte de los asesores de *Horizonte S.A.*, quienes le manifestaron que *Colpensiones* se iba a acabar y que debía asegurar la pensión, pero no obtuvo ninguna otra explicación.

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.

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 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 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, 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;

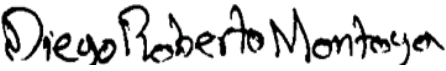
RESUELVE:

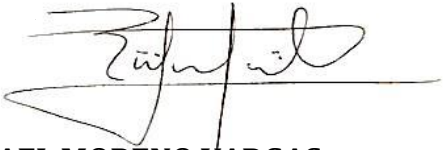
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 25 de agosto del 2020, por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario de la referencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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 33201700360 02
Demandante: ZOILA MARIA OLAYA
Demandado: UGPP
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar el recurso de apelación formulado por ambas partes, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de la UGPP, respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá el 22 de julio del 2020.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Zoila María Olaya* presentó demanda ordinaria laboral en contra de la *UGPP* a efectos que se ordene el pago de las mesadas pensionales adeudadas a la demandante desde el mes de julio del 2003 y hasta el mes de octubre del 2007, fecha desde la que se suspendió el pago de la pensión de sobrevivientes de la que era acreedora en el monto del 50%; se ordene a la entidad demandada el pago de la



pensión de sobrevivientes de la demandante, en un monto equivalente al 100% desde el 24 de octubre del 2007, fecha en la cual fallece la señora *María Meneses Díaz*; el pago del retroactivo adeudado por concepto de mesadas pensionales, causadas desde el 30 de junio del 2003 hasta la fecha de inclusión en nómina; los intereses moratorios, la indexación de las sumas adeudadas y las costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones adujo que al señor *Jesús Armando Vélez*, le fue reconocida una pensión de jubilación a través de la Resolución No 470 del 23 de julio de 1974, a cargo de la Empresa de Orden Nacional de Puertos de Colombia-Terminal Marítima de Tumaco, a partir del 1° de julio de 1974; el mismo, falleció el 4 de diciembre de 1984; mediante la Resolución No 03725 del 28 de agosto de 1985 la extinta Empresa Nacional Puertos de Colombia – Terminal Marítimo de Tumaco, le concedió la pensión de sustitución en favor de la señoras *Marina Meneses Díaz* y *Zoila María Olaya*, a la primera en su condición de compañera permanente y como representante de su hija menor *Liliana Vélez Meneses*, a la segunda como representante de los hijos menores *Aura Estela*, *David Antonio* y *Sonia Clemencia Vélez Olaya*.

Precisa que *Sonia Clemencia Vélez Olaya* es sordomuda de nacimiento y padece de retardo mental; que desde el 1° de febrero de 1992 a la señora *Sonia Clemencia Vélez Olaya* se le incrementó el porcentaje de la pensión al 50%, en consideración a que sus hermanos cumplieron la mayoría de edad y la señora *Marina Meneses Díaz* falleció el 24 de octubre del 2007.

Indica que la señora *Sonia Clemencia Vélez* tiene una discapacidad mental absoluta que le impide el autocontrol, lo que hace que dependa de un tercero



permanentemente, al punto que la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Nariño determinó que tiene una pérdida de capacidad laboral del 57,30%, con fecha de estructuración el 13 de noviembre de 1962 y dependía económicamente de su padre *Jesús Armando Vélez*.

Refiere que desde el mes de julio del 2003 a la señora *Sonia Clemencia Vélez* se le suspendió el pago de la mesada pensional.

En sentencia del 29 de septiembre del 2014 el Juzgado Promiscuo de Familia del Circuito de Barbacoas – Nariño declaró la discapacidad absoluta de la señora *Sonia Clemencia Vélez Olaya*, designado como curadora a su madre *Zoila María Olaya*.

El 5 de agosto del 2015, solicitó el incremento del 100% de la pensión de sobrevivientes, no obstante, mediante la Resolución RDP 043083 del 20 de octubre del 2015, la UGPP denegó el incremento pensional. Decisión que recurre el 13 de noviembre del 2015 mediante reposición y en subsidio apelación.

Mediante la Resolución No 005730 del 10 de febrero del 2016 la entidad determina reponer la resolución recurrida, ordenando el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a la señora *Sonia Clemencia Vélez* en un 100% desde el 25 de octubre del 2007, mientras persista la incapacidad y con efectos fiscales a partir del 5 de agosto del 2012 por prescripción trienal.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas en su contra, por cuanto se revocó la Resolución No RDP 043083 del 20 de octubre del 2015 y en consecuencia, se reconoció y ordenó pagar la pensión de sobrevivientes



en un porcentaje del 100% a la señora *Sonia Clemencia Vélez* en calidad de hija inválida a partir del 25 de octubre del 2007, día siguiente al fallecimiento de la beneficiaria de la prestación señora *Marina Meneses Diaz*, compañera permanente del causante, con efectos fiscales a partir del 5 de agosto del 2012, por prescripción trienal, por cuanto la solicitud de reconocimiento pensional fue radicada el 5 de agosto del 2015.

Formula como medios exceptivos los que denominó legalidad de los actos administrativos demandados, imposibilidad para la entidad de reconocer la pensión por falta de competencia, inexistencia de la obligación, prescripción, cobro de lo no debido, compensación, buena fe y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 22 de julio del 2020 decidió declarar la suspensión de la prescripción respecto de las mesadas dejadas de percibir por la señora *Zoila Olaya* como representante de su hija discapacitada *Sonia Clemencia Vélez Olaya*, entre el 30 de junio de 2003 y el 4 de septiembre del 2012; condenó a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL a reconocer y pagar en favor de la señora *Zoila Olaya*, todas y cada una de las mesadas pensionales dejadas de percibir desde el 24 de octubre del 2007 y hasta el 4 de agosto del 2012, en proporción del 100%; ordenar a la UGPP a reconocer y pagar a *Zoila María Olaya* los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993; declaró no probadas las excepciones propuestas, absolvió a la pasiva de la solicitud de indexación y condenó en costas a la demandada.



Así mismo, por solicitud de la parte actora, se adicionó la providencia, en el sentido de condenar a la UGPP a pagar a la demandante todas y cada una de las mesadas pensionales dejadas de percibir desde el 30 de junio del 2003 y hasta el 23 de octubre del 2007 en proporción del 50% por valor de \$20.857.022,27, y desde el 24 de octubre de 2007 y hasta el 4 de agosto del 2012 en proporción al 100%, por la suma de \$60.360.601,96.

Como sustento de su decisión adujo que el artículo 1504 del Código Civil referente a la incapacidad absoluta o relativa, en el cual se menciona que son absolutamente incapaces las personas con discapacidad mental, los impúberes, sordomudos que no pueden darse a entender; y los artículos 15, 17 y 49 de la Ley 1306 del año 2009, que consagran de igual manera quienes se consideran como sujetos con discapacidad. De igual manera, que el artículo 2530 del C.C. fue modificado por el artículo 3º de la Ley 791 del año 2002, la cual consagra que la prescripción se suspende en favor de los incapaces y que no se cuenta el término de prescripción en contra de quien se encuentra en imposibilidad absoluta de hacer valer su derecho mientras dicha imposibilidad subsista.

Precisa que a criterio de la Corte Constitucional solo en aquellos casos en los cuales se acredite claramente que la persona padece una discapacidad mental absoluta y no pueda administrar sus propios recursos resulta excepcionalmente posible condicionar su inclusión en nómina de pensionados al inicio de un proceso de interdicción y no a su culminación. Y a efectos de garantizar el derecho fundamental al mínimo vital debe ordenarse el pago de mesadas pensionales en forma directa o por intermedio de su cónyuge o compañero permanente o pariente, siempre comunicando la decisión al defensor de familia para que ejerza sus labores de supervisión.



Por su parte la Corte Suprema de Justicia en sentencia 34641 del año 2009, ha señalado que el beneficio de suspensión de la prescripción opera sin consideración a que exista o un representante o curador.

Refiere que en la Resolución 29858 del 10 de abril de 1986, la entidad reconoció la condición de sordomudez de la señora *Sonia Vélez*; de igual manera en el dictamen de pérdida de capacidad laboral que figura a folios 39 y 41, se menciona que *Sonia Clemencia Vélez* tiene un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 53.30%, ello en atención a la sordera bilateral profunda que padece, allí se menciona que además es analfabeta y que a la fecha de la estructuración es el 13 de noviembre de 1962.

Se tiene igualmente que el dictamen que emitió el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses se evidencia que tiene además un retardo mental moderado, no habla y no sabe contar dinero, y en respuesta del 15 de mayo de 2013, el Coordinador de Pensiones del Grupo Interno de Trabajo del Grupo Pensional de Puertos de Colombia, se evidencia que la entidad tenía conocimiento de la discapacidad de la señora *Sonia Vélez*, al mencionar que *“la señora Sonia Vélez Olaya representada por su progenitora Zoila Olaya es la beneficiaria del otro 50% de la mesada pensional del señor Armando Vélez, habida cuenta de que es discapacitada (sordomuda y padece de cataratas en el ojo izquierdo) razón por la cual no pierde su derecho a pesar de ser mayor de edad y no acreditar estudios.”*

También teniendo en cuenta que el Juzgado Promiscuo de Familia del Circuito de Barbacoas emitió sentencia el 29 de septiembre del 2014, mediante la cual se declaró la discapacidad mental absoluta de *Sonia Clemencia Vélez* y se designó como curadora general a su señora madre *Zoila María Olaya*, quien si bien elevó algunas solicitudes ante la entidad para lograr el restablecimiento de los derechos de su hija



en los años 2003, 2004, 2007 y 2012, estos no tuvieron efecto frente a la suspensión de la prescripción, y por tanto la situación de la demandante se encuentra amparada o sujeta a los planteamientos del artículo 49 de Ley 1306 del 2009.

En consecuencia, declaró la suspensión de la prescripción en favor de la señora *Sonia Clemencia Vélez Olaya* respecto de las mesadas pensionales que se dejaron de percibir entre el 30 de junio del 2003 y el 23 de octubre del 2007 en proporción del 50%. Asimismo, las que se dejaron de percibir desde el 24 de octubre del 2007 hasta el 4 de agosto del 2012 en proporción del 100% de la pensión de sobrevivientes.

De otra parte, condenó al pago de intereses moratorios de conformidad con el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

III. RECURSO DE APELACIÓ Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Inconformes con la decisión del *a-quo*, ambas partes elevan recurso de apelación en el que en síntesis expresan:

De una parte, la *UGPP* señala que en el presente evento operó la prescripción trienal a partir del 5 de agosto del 2012, toda vez que el derecho a gozar de la sustitución pensional se hizo exigible desde el 24 de octubre de 2007, fecha para la cual falleció la señora *Marina Meneses Díaz*, teniendo en cuenta que la señora *Sonia Clemencia Vélez* a través de su curadora, señora *Zoila María Olaya* presentó escrito ante la entidad solo hasta el año 2015 demostrando la interdicción por discapacidad; de igual manera que la discapacidad solo se declaró mediante sentencia del 29 de septiembre de 2014, por lo que la entidad no podía realizar los trámites de manera oficiosa y por lo tanto, le correspondía a la curadora realizar las solicitudes para velar por los derechos.



Argumenta además que la figura de la suspensión de la prescripción a favor de los incapaces y en general de quienes se encuentran bajo tutela o una curaduría, que está contemplado en el artículo 2530 del Código Civil, es aplicable solo en materia civil, y por lo tanto no se debe extender a los asuntos relacionados con la seguridad social, el cual no se constituye como un derecho real.

De otra parte, refiere que no se tuvo en cuenta la excepción de compensación, en el sentido que el pago que realizó la UGPP fue mayor por concepto de retroactivo; finalmente, en lo relacionado con los intereses moratorios que se generen con ocasión de las sentencias judiciales, que la UGPP no tiene la competencia para reconocerlos, aunado a ello que no se causaron por cuanto la demandante ha estado incluida en nómina desde el 4 de diciembre de 1984.

A su turno, por activa se presenta recurso de apelación en el que en suma indica que se debe revocar parcialmente la providencia en cuanto al momento de realizar las operaciones aritméticas se incurrió en yerros, en tanto se tiene derecho a los ajustes especiales de la Ley 6ª de 1946 y el reajuste especial de la Ley 100 de 1993, artículo 47; de igual manera al calcularse sobre 12 mesadas, dejando de lado las adicionales.; finalmente pro cuanto desde el 5 de agosto del 2012 al 30 de junio del 2012 se causaron \$76,760,532, sin embargo el Juzgado los calcula en \$55.863.929, suma inferior a la reconocida por la entidad.

Finalmente, en la medida en que en la sentencia se fulminaron condenas en contra de la UGPP y La Nación funge como garante de la misma, resulta indispensable entrar a realizar el análisis de la presente providencia 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 la demandante *Zoila María Olaya* en calidad de curadora de su hija *Sonia Clemencia Vélez Olaya*, tiene derecho al reconocimiento y pago de las mesadas pensionales dejadas de percibir del 30 de junio del 2003 al 23 de octubre del 2007 en un 50% y desde el 24 de octubre del 2007 y hasta el 4 de agosto del 2012 en un 100%, por haber operado la suspensión del fenómeno jurídico de la prescripción en virtud de su estado de discapacidad.

c. Sobre la calidad de beneficiaria de la pensión de Sobrevivientes.

Frente este aspecto, vale la pena recabar en que no existe discusión alguna en torno a que mediante la Resolución No. 3725 del 28 de agosto de 1985, el extinto Puertos de Colombia reconoció una sustitución pensional por el deceso del señor *Jesús Armando Vélez Bolívar* a *Zoila María Olaya* en representación de sus hijos menores *Aura Estela*, *David Antonio* y *Sonia Clemencia Vélez Olaya* en un porcentaje igual al 37% y a *Marina Meneses Díaz*, en calidad de compañera permanente y en representación de su menor hija *Liliana Vélez Meneses* en un porcentaje igual al 62%.



Así mismo debe precisar la Corporación que la calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes de *Sonia Clemencia Vélez Olaya*, le fue reconocida por el Gerente de la Terminal Marítima de Tumaco, no solo por ostentar la calidad de hija del causante, sino dada su condición de discapacitada. Tal como se indica en la Resolución No 29858 del 10 de abril de 1986, mediante la cual se confirma la Resolución No 3725 del 28 de agosto de 1985 y se precisa puntualmente en el artículo 5°:

“En cuanto al derecho a favor de SONIA CLEMENCIA VELEZ OLAYA, de que habla el artículo 3° (mayor de edad), se comprueba es sordomuda, de conformidad con la constancia del doctor Luis A. Viveros, de octubre 31/85, Médico Jefe del Terminal Marítimo de Tumaco, en receta No 07905. En el caso de ser una sordomuda que no pueda darse a entender por escrito como indican los artículos 62 y 1504 del Código Civil y punto III literal g de la resolución de Gerencia General No 146562 de diciembre 3 de 1985, su pago solo se haría a su tutor o curador debidamente acreditado.”

En lo tocante al derecho al acrecimiento del porcentaje de la mesada pensional, basta indicar que la pasiva mediante la Resolución No RDP 005730 del 10 de febrero del 2016, refiere que *Liliana Vélez Meneses, Aura Estela Vélez Olaya, y David Antonio Vélez Olaya*, a la fecha son mayores de edad. E igualmente, que la señora *Marina Meneses Díaz* falleció el 24 de octubre del 2007, quien fuere beneficiaria de la pensión, como compañera permanente en un 50%.

En otro giro, admite que *Sonia Clemencia Vélez Olaya*, por intermedio de su curadora *Zoila María Olaya*, estuvo incluida en la nómina de pensionados como hija inválida sin acreditar curador, como lo indicó la Resolución No 29858 del 10 de abril de 1986, hasta el año 2003. No obstante, dado que solo hasta el año 2015 se acreditó la calidad curadora y dando aplicación al fenómeno jurídico de la prescripción, consintió el reconocimiento pensional a partir del 25 de octubre del 2007, pero con efectos fiscales a partir del 5 de agosto del 2012.



Ahora, sostiene la libelista que le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la mesada pensional en un porcentaje igual al 50% desde el 30 de junio de 2003 hasta el 23 de octubre del 2007, y desde el 24 de octubre del 2007 hasta el 4 de agosto del 2012, en proporción del 100% de la pensión de sobrevivientes

De cara a lo enunciado, lo primero que debe establecer la Sala, es si en efecto para el mes de julio del 2003, los señores *Liliana Vélez Meneses*, *Aura Estela Vélez Olaya*, y *David Antonio Vélez Olaya*, habían perdido el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, dada su calidad de hijos mayores de edad del causante y, por tanto, había lugar al incremento de la proporción concedida a la libelista.

Presupuesto que se encuentra acreditado mediante los registros civiles de nacimiento de los mismos que reposan en el expediente administrativo obrante en el CD de folio 98, en los que se constata que *Liliana Vélez Meneses* nació el 1° de febrero de 1978, *Aura Estela Vélez Olaya* nació el 24 de agosto de 1968, y *David Antonio Vélez Olaya* el 28 de enero de 1974. Luego es patente que para el año 2003, todos eran mayores de edad y en tal virtud la demandante tendría derecho al acrecimiento de la pensión en un porcentaje igual al 50%.

De igual forma, tal como se expuso, dimana lógico que tras el fallecimiento de la señora *Marina Meneses Díaz* el 24 de octubre del 2007 a *Sonia Clemencia Vélez Olaya* le correspondía el 100% de la pensión de sobrevivientes en su calidad de hija inválida.

Ahora, en lo que respecta a la calidad de hija inválida, vale la pena resaltar que además del reconocimiento expreso realizado por el Gerente de la Terminal Marítima de Tumaco, en la Resolución No 29858 del 10 de abril de 1986, reposa en



el paginario: el Dictamen de Pérdida de Capacidad Laboral emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Nariño del 26 de abril del 2006, por medio del cual se le diagnosticó una pérdida de capacidad laboral del 57,30% (Fl 40-41), así como la sentencia proferida el 29 de septiembre del 2014 por el Juzgado Promiscuo de Familia de Barbacoas – Nariño, por medio del cual se declaró la discapacidad mental absoluta de *Sonia Clemencia Vélez Olaya* y se designó como Curador General a su madre *Zoila María Olaya*.

d. De la suspensión del fenómeno de prescripción.

En tratándose de la materia pensional, se tiene por sentado que el derecho pensional en sí mismo, es imprescriptible. Sin embargo, no ocurre lo mismo con las mesadas pensionales que por regla general, se encuentran sujetas al término trienal de prescripción contemplado en el artículo 151 del C.P.T y la S.S. Término que alude a la mentada norma, puede ser interrumpido mediante la respectiva reclamación por parte del afiliado o pensionado.

Ahora bien, el derecho laboral si bien regula una materia especial, no es ajeno a las demás disposiciones legales que rigen en el ordenamiento jurídico, por manera que cualquier conflicto jurídico de orden laboral o de seguridad social debe desatarse de forma armónica, no solo dando aplicación a la normativa laboral y de seguridad social, sino que de ser necesario abordando aquellos puntos que regulen otras disposiciones legales. Pues si bien en la mayoría de los casos, encuentran una especial reglamentación dentro de las normas que rigen las relaciones laborales y de seguridad social, existen otros en que el operador judicial debe acudir a disposiciones normativas contenidas en estatutos que regulan diversas especialidades. Así pues, a modo de ejemplo, si bien en materia de seguridad social



nacen obligaciones entre cónyuges, hijos o padres, claro resulta que tales calidades no se encuentran descritas ni desarrolladas en el estatuto laboral, ni mucho menos en las normas que rigen la seguridad social, por manera que el operado judicial debe acudir al Código Civil, frente a los planteamientos propios que surjan de la naturaleza jurídica de quien ostente tal calidad, sin que ello desborde su competencia.

Sucede lo mismo, en lo tocante a los juicios relacionados con menores de edad o personas discapacitadas, para quienes dada su especial condición, por mandato constitucional se les ha garantizado una especial protección (Art 13 y 44) que redundando claro está en una discriminación de carácter positivo, por medio de la cual se busca enervar las circunstancias a las cuales se encuentran expuestos dada su condición.

Bajo esta perspectiva, el artículo 2542 del C.C modificado por el artículo 10° de la ley 791 del 2002, establece en materia de prescripción un tratamiento especial para este grupo poblacional, al prever:

“La prescripción que extingue las obligaciones se suspende en favor de las personas enumeradas en el número 1o. del artículo 2530.

Transcurrido diez años no se tomarán en cuenta las suspensiones mencionadas, en el inciso precedente.”

Normativa que, para ser entendida con mayor claridad, requiere que recordemos lo previsto en el numeral 1° del artículo 2530 del C.C, el cual reza:

“La prescripción ordinaria puede suspenderse sin extinguirse; en ese caso, cesando la causa de la suspensión, se le cuenta al poseedor el tiempo anterior a ella, si alguno hubo.

La prescripción se suspende a favor de los incapaces y, en general, de quienes se encuentran bajo tutela o curaduría.



Se suspende la prescripción entre el heredero beneficiario y la herencia.

Igualmente se suspende entre quienes administran patrimonios ajenos como tutores, curadores, albaceas o representantes de personas jurídicas, y los titulares de aquellos.

No se contará el tiempo de prescripción en contra de quien se encuentre en imposibilidad absoluta de hacer valer su derecho, mientras dicha imposibilidad subsista.”

Deviene entonces lógico, de lo erigido por el legislador en las disposiciones previamente citadas que el fenómeno jurídico de la prescripción es susceptible de suspenderse, cuando quiera que se trate de personas incapaces.

En cuanto a quienes ostentan la calidad de incapaces, debe tenerse en cuenta que el artículo 1504 del C.C, en su versión original (esto es, antes de la reforma contemplada en la ley 1996 del 2019 – norma posterior a los hechos que hoy analizamos), establecía:

“Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y sordomudos, que no puedan darse a entender”

Por esta misma línea, encontramos que el artículo 15 de la Ley 1306 del 2009, dispuso:

“Quienes padezcan discapacidad mental absoluta son incapaces absolutos.

Los sujetos con discapacidad mental relativa, inhabilitados conforme a esta ley, se consideran incapaces relativos respecto de aquellos actos y negocios sobre los cuales recae la inhabilitación. En lo demás se estará a las reglas generales de capacidad.”

Y el artículo 17 de la precitada norma que igualmente, reza:



“Se consideran con discapacidad mental absoluta quienes sufren una afección o patología severa o profunda de aprendizaje, de comportamiento o de deterioro mental.

La calificación de la discapacidad se hará siguiendo los parámetros científicos adoptados por el Comité Consultivo Nacional de las Personas con Limitación y utilizando una nomenclatura internacionalmente aceptada.”

Implica lo hasta aquí expresado, que aquella persona que se encuentre dentro de los supuestos de facto previstos en los artículos 15 y 17 de la Ley 1306 de 2009, dada su calidad de incapaz, le resulta aplicable la suspensión del término de prescripción descrita en el artículo 2542 del C.C.

Disposición normativa que, a juicio de la Sala y acorde a lo aludido, resulta plenamente aplicable en materia de seguridad social, tal como lo ha sostenido la H. Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencia SL-10641 del 2014, cuando explicó:

“Al margen que el presente es un cargo por la vía indirecta, es pertinente, para darle contexto a los yerros fácticos cometidos por el ad quem y en atención a la función unificadora de la jurisprudencia a cargo de esta Corte, traer a colación la sentencia de vieja data de esta Sala, CSJ SL 11 de diciembre de 1998, No.11349, sobre la suspensión de la prescripción frente a los menores de edad:

“La suspensión y la interrupción de la prescripción son dos fenómenos jurídicos distintos, pero como la ley laboral no regula la figura de la suspensión, cabe aplicar, por remisión, las normas del Código Civil sobre el particular, como se indicó en sentencia del 6 de septiembre de 1996, expediente 7565, que se adoptó por mayoría.

“La ley laboral establece una prescripción que frente a la prevista en otras legislaciones, puede considerarse de corto tiempo, que procura la reclamación rápida, consecuente con la necesidad de definir ágilmente las controversias surgidas de una relación de trabajo. Sin embargo, esta proyección cede en ciertas situaciones especiales en las que el Estado debe especial protección a determinadas personas, entre las cuales están los menores de edad, para quienes no corre el término extintivo de la



prescripción, mientras estén en imposibilidad de actuar. Vale decir, que deja de operar en el momento en que alcanzan la mayoría de edad, o cuando su representante ejerce en su nombre el derecho de acción y en desarrollo del mismo presenta la demanda que corresponda.

“En el derecho común, aplicable por remisión a los créditos laborales, el artículo 2541 del Código Civil contempla la suspensión de la prescripción extintiva de las obligaciones y remite al artículo 2530 ibídem para identificar las personas en cuyo favor opera tal figura, dentro de las cuales el artículo 68 del decreto 2820 de 1974, que modificó parcialmente aquella disposición, incluye a “Los menores, los dementes, los sordomudos y quienes estén bajo patria potestad, tutela o curaduría”.

“Si la norma transcrita extiende el beneficio de la suspensión de la prescripción a los menores, los dementes y los sordomudos, y expresamente se refiere a quienes cuentan con representación legal (patria potestad y guarda), es claro que la suspensión opera sin consideración a que exista o no tal representación, por lo que debe entenderse que el modificado artículo 2530 del CC contiene un beneficio para determinadas personas a quienes la ley protege sin importar que el sujeto cuente o no con un representante legal eficiente o ineficiente, por lo que el error en que aquel incurra, no puede afectar la situación jurídica del representado.”

En claro lo aludido, al descender al caso *sub examine* se tiene que desde el año 1986 al ser analizado el derecho a la pensión de sobrevivientes mediante la Resolución No 29858 de esa misma anualidad, fue reconocida la calidad de sordomuda de la señora *Sonia Clemencia Vélez Olaya* y fue en virtud de su calidad de hija inválida que le fue concedida la mentada pensión; misma que fue suspendida en el año 2003, siendo percibida la última mesada en el mes de abril de la referida anualidad. Sea del caso advertir, sin que exista evidencia alguna de la razón por la cual se dio la mentada suspensión, por cuanto la fecha de natalicio de *Sonia Clemencia Vélez Olaya*, lo fue el 13 de noviembre de 1962, lo que en suma implica que ya para la data del deceso del finado ya era mayor de edad.



Dado ello, inicialmente la señora *Zoila María Olaya*, solicita la reincorporación en nómina de su hija mediante reclamación del 16 de diciembre del 2003 (Fl 462), luego la reitera el 30 de enero del 2004 (Fl 464) y el 4 de mayo del 2004 (Fl 467), solicitudes que no son atendidas por la entidad de forma favorable, así como tampoco se evidencia documento alguno que dé cuenta cual fue la razón o argumento de tal sentir.

Siendo ello así, la hoy demandante *Zoila María Olaya* en calidad de madre de *Sonia Clemencia Vélez Olaya* radicó reclamación el 15 de febrero del 2012, reiterada el 12 de marzo de la misma anualidad, con el objeto de obtener la inclusión en nómina, pedimento que fuere despachado mediante oficio del 14 de marzo del 2012 (Fls 198-199) y del 13 de julio del 2012 (Fl 203), esta última en la que se expresó que la demandante tan solo tenía derecho a la pensión como representante de sus menores hijos, pero solo hasta que estos alcanzaran la mayoría de edad.

Ahora bien, mediante sentencia del 29 de septiembre del 2014 el Juzgado Promiscuo de Familia del Circuito de Barbacoas, declaró la discapacidad mental absoluta de *Sonia Clemencia Vélez Olaya* (Fl 430-434) y nombró como curadora a su madre *Zoila María Olaya*; quien insistió el 28 de julio del 2015 en su reclamo ante la UGPP (Fls 205-207), pero esta es desatada de manera negativa mediante Resolución RDP 005730 del 2016 (Fl 132), por lo que la demandante insiste mediante reclamación del 13 de noviembre del 2015, en virtud de la cual se expide la Resolución No RDP 005730 del 10 de febrero del 2016, a través de la cual se reconoce la calidad de hija inválida de *Sonia Clemencia Vélez Olaya* y ordena el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente en un 100% a partir del 25 de octubre del 2007, pero con efectos fiscales desde el 5 de agosto del 2012, esto por considerar que las demás mesadas pensionales se encuentran prescritas.



Bajo estos presupuestos, de orden fáctico y jurídico, encuentra la Sala que desde que le fue concedida la pensión a *Sonia Clemencia Vélez Olaya*, en el año 1985, lo fue dada su condición de hija inválida y no por ser menor de edad, lo que de entrada le daba derecho al reconocimiento y pago de la pensión hasta la data de su deceso, luego no existía argumento legal alguno para que la encartada suspendiera el reconocimiento y pago de la prestación económica. Aunado a ello, se tiene que ya desde entonces o por lo menos desde el año 1986, la entidad conocía su discapacidad absoluta, por cuanto en la misma Resolución No 29858 de 1986, se hace expreso reconocimiento a su condición como sordomuda y conforme se desprende de la documental de folio 362 desde el año 1992 el jefe médico de la Terminal Marítimo ya había certificado a la entidad pagadora para dicha data, que la menor era sordomuda de nacimiento por lo que se encontraba impedida físicamente.

Ahora, no desconoce esta Corporación que fue hasta el año 2014 que la señora *Zoila María Olaya*, fue declarada como curadora de *Sonia Clemencia Vélez Olaya* y judicialmente se le reconoció a esta última, la discapacidad mental absoluta. Sin embargo, tal circunstancia en sí misma no podía menguar el derecho pensional de *Sonia Clemencia Vélez Olaya*, pues como bien se explicó la pasiva desde la data en que reconoció el derecho pensional conocía claramente que la demandante reunía las calidades de incapaz a la luz de lo reglado en el artículo 1504 del C.C.

Maxime si tenemos en cuenta que la H Corte Constitucional ha precisado en varios pronunciamientos que la calidad de discapacidad por sí misma, no puede menguar el derecho a que se realice la inclusión en nómina de pensionados pues se presume su capacidad y aun cuando se evidencia que tiene las características propias de un incapaz absoluto, en aras de salvaguardar el mínimo vital se debe ordenar su pago en forma directa o por intermedio de su cónyuge, compañero permanente o pariente, siempre comunicando la decisión al Defensor de Familia para que ejerza las labores



de supervisión correspondientes, tal como se expresó en la sentencia T-185 del 2018 al indicar:

“Aquellos casos en los cuales se exija sentencia de interdicción para incluir a una persona en nómina de pensionados deben resolverse de acuerdo con las siguientes subreglas: i) Todas las personas, sin distinción alguna, tienen los mismos derechos y libertades en razón a la dignidad inherente de todo ser humano. ii) Las personas con discapacidad tienen derecho a tomar sus propias decisiones en un marco que respete su autonomía, libertad e independencia individual. iii) Toda persona se presume plenamente capaz hasta que se demuestre lo contrario. iv) Si una persona ha sido diagnosticada con alguna afección mental, resulta discriminatorio considerar prima facie que debe ser declarada interdicta y someterse a la curaduría de un tercero. v) En principio, constituye una medida discriminatoria condicionar el pago de una prestación social a una persona con discapacidad, argumentando que debe allegar sentencia de interdicción y acta de posesión del curador que administrara sus bienes. vi) Sólo en aquellos casos en los cuales se acredite claramente que la persona padece una discapacidad mental absoluta y no puede administrar sus propios recursos, resulta excepcionalmente posible condicionar su inclusión en nómina de pensionados al inicio de un proceso de interdicción y no a su culminación. vii) En el supuesto anterior, es viable condicionar el pago del retroactivo pensional al nombramiento definitivo de un curador, sin embargo, a efectos de garantizar el derecho fundamental al mínimo vital del afectado, debe ordenarse el pago de las mesadas pensionales de forma directa o por intermedio de su cónyuge, compañero permanente o pariente, siempre comunicando la decisión al Defensor de Familia para que ejerza las labores de supervisión correspondientes.”

En tal medida, no existe fundamento legal para aplicar el fenómeno jurídico de la prescripción respecto de las mesadas pensionales dejadas de cancelar a favor de *Sonia Clemencia Vélez Olaya*, pues como bien se explicó, para este grupo poblacional la prescripción se encuentra en suspenso, bajo los parámetros del artículo 2542 del C.C., sin que la referida norma exija para su aplicación ningún requisito distinto a ser un incapaz en los términos previstos por el legislador.

Siendo del caso precisar, que si bien entiende la Sala que la suspensión del pago pudo haberse efectuado tras verificar que la madre de la señora *Sonia Clemencia Vélez Olaya*



hasta entonces no había sido declarada como su curadora, ni siquiera tal supuesto, podría redundar en contravía de los derechos de la señora *Sonia Clemencia Vélez Olaya*, quien se *itera* dada su especial situación y discapacidad, merece un mayor cuidado y atención por parte del Estado, por manera que todas las acciones desplegadas en su caso lo debieron ser en aras de garantizar los mismos y no con el propósito de menoscabarlos, por manera que para salvaguardar su derecho al mínimo vital era de su incumbencia adelantar el respectivo trámite ante el Defensor de Familia como lo precisó la H. Corte Constitucional en la sentencia previamente citada y no simplemente, limitarse a dejar de efectuar los pagos de las mesadas pensionales, para luego declarar probada la prescripción de las mismas.

Por lo aludido, habrá de confirmarse la sentencia apelada en el sentido de ordenar a la pasiva a reconocer y pagar a la señora *Zoila María Olaya* en calidad de Curadora de *Sonia Clemencia Vélez Olaya* las mesadas pensionales dejadas de cancelar del 30 de junio del 2003 al 23 de octubre del 2007, correspondientes al 50% de la pensión de sobrevivientes y en un 100% del 24 de octubre del 2007 al 4 de agosto del 2012; tal como lo dispuso el fallador de primera instancia.

e. Del monto del retroactivo pensional

Se duele el demandante de la liquidación efectuada por el fallador de primera instancia, pues a su juicio en esta se desconocieron las 14 mesadas pensionales a las cuales tenía derecho la libelista. Así como los reajustes legales a los que le asistía por disposición la Ley 6° de 1946 y el reajuste especial de la Ley 100 de 1993 en el artículo 47, que implica en un principio incrementar la pensión en 1993 en un 12%, en 1994 en el 12% y en 1995 en un 4%, para darle un 28% conforme lo establece el artículo 2° de la Ley 6ª de 1946.



Sobre este punto debe advertir la Sala que dentro del *petitum* de la demanda, no se aludió a ningún reajuste legal o reliquidación, con fundamento en ninguna de las normas aludidas en el recurso de alzada, por manera que el retroactivo pensional tan solo podía ordenarse teniendo en cuenta el monto de la mesada pensional que se probó en el proceso venía cancelando la pasiva.

Así las cosas, para efectos de realizar la liquidación correspondiente la Sala tendrá en cuenta el monto de la pensión concedida mediante la Resolución No 29858 del 10 de abril de 1986, esto es que para el 4 de diciembre de 1984 le correspondió en cuantía de \$20.425,26 a *Marina Meneses* por un 62,5% y para *Zoila María Olaya* de \$12.255,15 equivalente al 37,5%, para un total de \$32.680,41, con los reajustes legales y por 14 mensualidades al año, en tanto la misma quedó causada antes del Acto Legislativo 01 del 2005, a más que se pudo verificar en la certificación de nomina de folios 144 a 145 que la pensión venía siendo cancelada por 14 mensualidades al año.

Siendo ello así, procedió la Sala a realizar los cálculos aritméticos de rigor, logrando corroborar que el monto del retroactivo pensional a que tiene derecho la libelista asciende a la suma de \$76.478.594,27, conforme se puede apreciar en la siguiente liquidación, elaborada por el grupo liquidador de apoyo que sirve a esta Corporación:

Tabla Incremento Pensional Ley 4 de 1976					
Fecha inicial	Fecha final	Incremento	Mesada 100% año 1984	No. Mesadas	Subtotal
01/01/84	31/12/84	12,49% + \$925,5	\$ 32.680,41		
01/01/85	31/12/85	11% + 1.018,50	\$ 33.700,02		
01/01/86	31/12/86	10% + 1.1129,80	\$ 38.199,82		
01/01/87	31/12/87	12% + 1.626,90	\$ 44.410,70		
01/01/88	31/12/88	11% + 1.849,20	\$ 46.261,01		



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

Tabla Retroactivo Pensional						
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada 100%	Valor mesada 50%	Nº. Mesadas	Subtotal
01/01/89	31/12/89	27,00%	\$ 58.751,48		0,00	\$ 0,0
01/01/90	31/12/90	26,00%	\$ 74.027,00		0,00	\$ 0,0
01/01/91	31/12/91	26,10%	\$ 93.348,00		0,00	\$ 0,0
01/01/92	31/12/92	26,00%	\$ 117.618,00		0,00	\$ 0,0
01/01/93	31/12/93	25,13%	\$ 147.175,00		0,00	\$ 0,0
01/01/94	31/12/94	22,60%	\$ 180.437,00		0,00	\$ 0,0
01/01/95	31/12/95	22,59%	\$ 221.198,00		0,00	\$ 0,0
01/01/96	31/12/96	19,46%	\$ 264.243,00		0,00	\$ 0,0
01/01/97	31/12/97	21,63%	\$ 321.399,00		0,00	\$ 0,0
01/01/98	31/12/98	17,68%	\$ 378.222,00		0,00	\$ 0,0
01/01/99	31/12/99	16,70%	\$ 441.385,00		0,00	\$ 0,0
01/01/00	31/12/00	9,23%	\$ 482.125,00		0,00	\$ 0,0
01/01/01	31/12/01	8,75%	\$ 524.311,00		0,00	\$ 0,0
01/01/02	31/12/02	7,65%	\$ 564.421,00		0,00	\$ 0,0
30/06/03	31/12/03	6,99%	\$ 603.874,00	\$ 301.937,00	7,00	\$ 2.113.559,0
01/01/04	31/12/04	6,49%	\$ 643.065,00	\$ 321.532,50	14,00	\$ 4.501.455,0
01/01/05	31/12/05	5,50%	\$ 678.434,00	\$ 339.217,00	14,00	\$ 4.749.038,0
01/01/06	31/12/06	4,85%	\$ 711.338,00	\$ 355.669,00	14,00	\$ 4.979.366,0
01/01/07	23/10/07	4,48%	\$ 743.206,00	\$ 371.603,00	7,67	\$ 2.848.956,3
Total retroactivo pensional						\$ 19.192.374,3

Tabla Retroactivo Pensional					
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada 100%	Nº. Mesadas	Subtotal
24/10/07	31/12/07	4,48%	\$ 743.206,00	3,23	\$ 2.403.032,7
01/01/08	31/12/08	5,69%	\$ 785.494,00	14,00	\$ 10.996.916,0
01/01/09	31/12/09	7,67%	\$ 845.741,00	14,00	\$ 11.840.374,0
01/01/10	31/12/10	2,00%	\$ 862.656,00	14,00	\$ 12.077.184,0
01/01/11	31/12/11	3,17%	\$ 890.002,00	14,00	\$ 12.460.028,0
01/01/12	04/08/12	3,73%	\$ 923.199,00	8,13	\$ 7.508.685,2
Total retroactivo					\$ 57.286.219,93

Tabla Liquidación



<i>Retroactivo pensional desde 30-6-2003 a 23-10-2007</i>	<i>\$ 19.192.374,33</i>
<i>Retroactivo pensional desde 24-10-2007 a 04-08-2012</i>	<i>\$ 57.286.219,93</i>
Total	\$ 76.478.594,27

Luego siendo así, es patente que el monto que se evidencia en esta instancia es incluso inferior al que fue tasado en primera instancia, luego como en todo caso la presente sentencia también se analiza en el grado jurisdiccional de consulta a favor de la pasiva, será modificada la providencia apelada, pero exclusivamente en lo que respecta al monto del retroactivo pensional, acorde los argumentos aquí expuestos.

f. De los 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.

Siendo ello así, lo primero que emerge de la norma, es que ante la falta de pago de cualquier tipo de mesada opera el derecho al pago de los intereses moratorios, luego al haber suspendido la pasiva el pago de las mesadas pensionales de la señora *Sonia Clemencia Vélez Olaya* desde el mes de junio del 2003, lógico resulta que la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de estos intereses moratorios causados desde el 30 de junio del 2003, hasta el momento en que se realice el pago



total de las mesadas pensionales adeudadas. Siendo del caso precisar que los mismos, sí corren a cargo de la hoy demandada, por ser la responsable del pago de las mesadas pensionales. Por lo expuesto, dimana lógico confirmar la decisión adoptada por el fallador de primera instancia en lo que a este tópico comporta.

g. De la excepción de compensación.

Finalmente, en lo tocante a la excepción de compensación propuesta por la UGPP debe referir esta corporación que la misma fue alegada en la contestación, en virtud del pago realizado por la demandada con ocasión de la Resolución No RDP 043083 del 20 de octubre del 2015, mediante la cual se ordenó el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a la señora *Sonia Clemencia Vélez Olaya* en un porcentaje igual al 100%.

Siendo ello así, basta para la Sala indicar que como quiera que la excepción de compensación fue alegada y soportada de forma exclusiva en el retroactivo pensional que se le ordenó cancelar a la señora Sonia Clemencia Vélez Olaya mediante la Resolución RDP043083 del 20 de octubre del 2015, dicho monto en modo alguno puede compensarse respecto de las mesadas pensionales que se ordenan cancelar en el presente fallo, por cuanto la condena hoy fulminada, recae sobre mesadas causadas entre el 30 de junio del 2003 y el 4 agosto del 2012, mientras en la Resolución en comento tan solo se ordenó el reconocimiento y pago de las mesadas causadas a partir del 5 de agosto del 2012; el cual, conforme la certificación de folio 419 asciende a la suma de \$65.972.677,79; monto este que en modo alguno acreditó la entidad comprendiera una suma diferente al de las mesadas que se ordenó pagar, en el acto administrativo ya aludido. **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: MODIFICAR los numerales **SEGUNDO Y TERCERO** de la sentencia proferida el 22 de julio del 2020, por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de precisar que el monto de las mesadas pensionales adeudadas por el periodo comprendido del 30 de junio del 2003 al 23 de octubre del 2007, asciende a \$19.192.374,3 y el monto de las mesadas adeudadas por el periodo comprendido del 24 de octubre del 2007 al 4 de agosto del 2012 por valor de \$57.286.219,93.

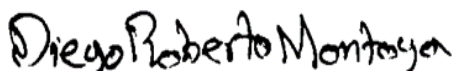
SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia objeto de análisis en esta instancia.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

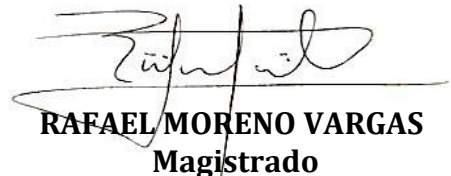
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOKYA 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 19 2017 00310 01
Demandante: FLOVER ANTONIO RINCÓN CABRERA
Demandado: COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021).

AUTO:

Se reconoce personería al abogado *Henry Darío Machado*, identificado con cédula de ciudadanía No. 77.091.125 y T.P. 248.528 del C. S. de la J., para actuar en representación de *Colpensiones*, en los términos y facultades del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por *Colpensiones* y La Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en contra de la sentencia proferida el 31 de julio 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*, en tanto la sentencia fue adversa a sus pretensiones.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *Flover Antonio Rincón Cabrera*, formuló demanda en contra de *Colpensiones* y *Colfondos S.A.*, con la finalidad que se declare la nulidad del traslado que efectuó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de *Colfondos S.A.*, por la indebida y errónea información que le fue suministrada.



Por consiguiente, se le ordene a la AFP trasladar a *Colpensiones* la totalidad del dinero que se encuentre depositado en su cuenta de ahorro individual, y a su vez a *Colpensiones*, realizar todas las gestiones pertinentes encaminadas a anular el traslado de régimen que fue aprobado el 1º de mayo 2000, recibirlo sin solución de continuidad, así como que se le condene al pago de la pensión de vejez a partir del 11 de febrero de 2017, con base en los preceptos normativos regulados en el Decreto 758 de 1990, junto con las mesadas ordinarias y adicionales a que haya lugar, y al pago de los intereses moratorios regulados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 11 de septiembre de 1952, cumpliendo la edad mínima requerida dentro del Régimen de Prima Media con Prestación Definida para acceder a la pensión de vejez, el mismo día y mes de 2012.

Que se afilió al entonces ISS el 1º de enero de 1982, cotizando hasta el 30 de septiembre de 1999 un total de 903 semanas, adicionalmente que es beneficiario del régimen de transición regulado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Adujo que se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de *Colfondos S.A.*, con una aparente decisión libre y voluntaria, sin estar precedido de la suficiente ilustración, por lo que no existe tal consentimiento de libertad y voluntariedad. Asimismo, relató que es procedente su traslado por ser beneficiario del régimen de transición conforme lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, aunado a que, a la fecha de la presentación de la demanda ha cotizado un total de 1.760 semanas.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas en su contra. Refirió que, en el caso del demandante, se presentó la solicitud de traslado cuando le faltaban menos de diez años para adquirir el estatus pensional, razón por la cual debe seguir afiliado a *Colfondos S.A.*, teniendo en cuenta lo preceptuado en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 13 de la Ley 797 de 2003.

Por otra parte, expuso que el traslado del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad fue totalmente válido, ya que no se presentaron vicios



del consentimiento en la suscripción de la afiliación conforme lo dispone el artículo 1109 del Código Civil, esto es, error, dolo, fuerza o incapacidad al momento de suscribir el formulario, situaciones todas que no están demostradas.

Formuló las excepciones denominadas inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, e innominada o genérica.

Colfondos S.A. indicó en su contestación que brindó al demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen, en las que se le asesoró acerca de las características de dicho régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre los regímenes pensionales, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen.

Que igualmente, al actor se le dio a conocer sobre su opción legal de retracto con la que cuentan los afiliados a fin de que puedan tomar la decisión que más le convenga, entre otras, tal y como lo hacen suscribiendo el formulario de afiliación bajo su voluntad en donde queda plasmado su consentimiento.

Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y falta de causa en las pretensiones de la demanda, prescripción, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, nadie puede ir en contra de sus propios actos, no se presentan los presupuestos legales y jurisprudenciales para ser merecedor de un traslado al régimen solidario de prima media con prestación definida, compensación y pago, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, innominada o genérica, y petición antes de tiempo.

Luego que la demandada *Colfondos S.A.* solicitara la integración de litisconsorcio necesario respecto de *La Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público – Oficina de Bonos Pensionales* (Fls. 259 a 261), bajo el entendido que el actor presenta cuenta activa y con solicitud de pensión ante sus dependencias con fecha de solicitud el 27 de marzo de 2007 y efectividad del 1 de mayo de 2007, el cual asciende a la suma de \$333.906, valor que pertenece al erario público y con una destinación específica para el pago de las prestaciones que tengan origen en la seguridad social de conformidad con lo establecido en el artículo 64 de la Ley 100 de 1993 – Bono Tipo A Modalidad 2. De ahí que en el evento que se acojan las pretensiones del demandante, sería necesaria la anulación del referido bono.



En virtud de ello, y luego que la *a-quo* aceptara la integración del ente referido a través de escrito adiado el 6 de junio de 2019 (Fl. 264), la *Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público*, contestó la demanda exponiendo que desconoce las circunstancias en las que se produjo el traslado del demandante. En lo que respecta al bono pensional, adujo que con ocasión del traslado que efectuó el actor con destino a la AFP *Colfondos S.A.*, este tiene derecho a que sea emitido a su nombre un Bono pensional Tipo A Modalidad 2 donde La Nación funge como emisor y adicionalmente, participa contribuyente el ISS con su respectivo cupón a cargo.

Que la fecha de redención norma, tuvo lugar el día 11 de septiembre de 2014, calenda donde el demandante alcanzó 62 años de edad, y que el Bono pensional fue emitido mediante la Resolución No. 6156 del 22 de mayo de 2009, así como que el mismo fue redimido a la AFP *Colfondos S.A.* el 11 de septiembre de 2014.

Formuló las excepciones de falta de ejercicio de la facultad de regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por *Colpensiones*, la variación del monto de la pensión no constituye vicio del consentimiento ni causal de ineficacia, validez y eficacia del traslado de régimen no puede sustentarse en la realización o no de una proyección pensional, prescripción, y la oficina de Bonos pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público ya cumplió con la emisión y redención del bono pensional del señor *Flover Antonio Rincón Cabrera*.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Diecinueve Laboral de Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 31 de julio de 2020, declaró la ineficacia del traslado del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad que se efectuara a través de *Colfondos S.A.*

Por consiguiente, condenó a *Colfondos S.A.* a devolver a *Colpensiones* todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación del actor tales como cotizaciones aportes adicionales, bonos pensionales junto con los rendimientos financieros causados incluidos intereses y comisiones, y sin descontar gastos de administración.

De otra parte, ordenó la anulación del Bono Tipo A, el cual se encuentra en estado emitido y redimido por la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público mediante la Resolución No. 16436 del 27 de marzo 2017, y a la



AFP reintegrar el mismo, hasta tanto la entidad que le corresponda efectuar el estudio de la reclamación pensional establezca tal derecho.

Para arribar a dicha conclusión, en primer lugar, manifestó que si bien lo pretendido el demandante es la nulidad del traslado que efectuara al RAIS, la consecuencia jurídica con base en el ordenamiento es la ineficacia o exclusión de todo efecto jurídico, de ahí que atendiendo las facultades ultra y extra petita, le d el tratamiento al presente asunto como ineficacia del traslado.

Asimismo, refirió que atendiendo los parámetros legales y jurisprudenciales emanados por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, le corresponde a la AFP suministrar una información libre, voluntaria, con la entrega de una información suficiente y transparente, que le permita al afiliado elegir las distintas opciones posibles en el momento del traslado, situación que no se logró demostrar por parte de *Colfondos S.A.* Por tal razón, ordenó la anulación del Bono Pensional.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

La Nación –Ministerio de Hacienda y Crédito Público, interpuso recurso de apelación bajo el entendido que en el escrito de la contestación de la demanda se solicitó al Despacho se ordenara el reintegro del Bono pensional debidamente actualizado, toda vez que el valor del Bono emitido en su momento pierde su valor adquisitivo a la fecha de reintegro.

Colpensiones indicó que, para la época del traslado del demandante, la única exigibilidad del deber de información era la suscripción del formulario de afiliación, situación que se llevó a cabo dentro del presente asunto, máxime si el contrato que celebró el demandante y *Colfondos S.A.* en nada le puede perjudicar atendiendo 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.

Igualmente, se auscultará si es procedente que el reintegro del Bono Pensional Tipo A que debe efectuar *Colfondos S.A.* con destino a *La Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público* respecto de las contingencias pensionales del demandante, debe efectuarse de manera indexada.

c. Del caso en concreto:

Sea lo primero indicar, que si bien en inicio el aquí demandante con el *petitum* solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir del 11 de febrero de 2017, junto con los aumentos legales causados año tras año, las mesadas ordinarios y adicionales así como al pago de los intereses moratorios regulados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, sobre tales pretensiones desistió en la audiencia de que trata el artículo 77 del C.P.T y de la S.S., por lo que tal aspecto no será debatido dentro del presente asunto.

Así las cosas, 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 no fue aportado el formulario de afiliación que realizara el demandante a través de *Colfondos S.A.* en el año 2000, de ahí que ni siquiera exista una prueba soportada de una debida información, resaltando además que incluso tal formulario 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 el accionante no confesó que se le haya suministrado la información, de lo que se colige que atendiendo la exposición de la *a-quo*, no se puede obtener una afirmación de que al actor se le hubiese suministrado las condiciones necesarias entre uno y otro régimen, como tampoco las ventajas y desventajas de los mismos.

Ahora bien, 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 haya 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 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»”.

Es así, por lo que no le asiste razón a la recurrente *Colpensiones* 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 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.

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 ineffectividad 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.

De la indexación del bono pensional.

En este puntualísimo aspecto, se rememora que la falladora de instancia ordenó en su decisión la anulación del Bono Tipo A que en la actualidad se encuentra emitido y redimido por la Oficina de Bonos Pensionales de *La Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público* como da cuenta la Resolución No. 16436 del 27 de marzo de 2017, acto administrativo que obra a folios 299 a 300.

Al respecto, la sentencia de primera instancia deberá adicionarse sobre este aspecto, pues como lo ha adocinado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en reiterada jurisprudencia, siendo una de ellas las sentencias SL5055-2020, Radicación No. 85956 del 7 de diciembre de 2020, SL4958 de 2020, Radicación No. 73150 del 7 de diciembre de 2020, SL4756-2020, Radicación No. 75152 del 2 de diciembre de 2020, entre muchas más, la finalidad de tal figura en temas relacionado con la seguridad social en pensiones, es evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

Por tal razón hay lugar a que prospere la indexación sobre el Bono pensional Tipo A, conforme a los planteamientos expuestos por la recurrente *La Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público*.

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;

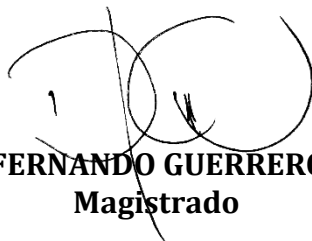
RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **SÉPTIMO** de la sentencia proferida el 31 de julio de 2020 por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de que la anulación del Bono Pensional Tipo A que debe reintegrar *Colfondos S.A.* con destino a *La Nación –Ministerio de Hacienda y Crédito Público*, debe efectuarse debidamente indexado de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

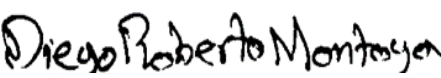
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

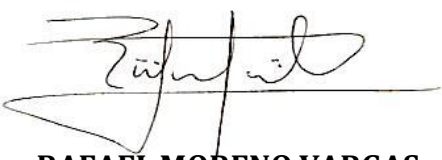
NOTIFÍQUESE Y CÚPLASE.



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 2017 00677 01
Demandante: STELLA LEONOR SÁNCHEZ GIL
Demandado: COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL -hoy
 SKANDIA
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021).

AUTO:

Se reconoce personería a la abogada *Alida del Pilar Mateus Uribe*, identificada con cédula de ciudadanía No. 37.627.008 y T.P. 221.228 del C.S. de la Judicatura, para actuar en representación de *Colpensiones*, en los términos y facultades del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por *Colpensiones, Skandia S.A. y Porvenir S.A.*, en contra de la sentencia proferida el 29 de octubre de 2020 por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Stella Leonor Sánchez Gil*, formuló demanda ordinaria en contra de *Colpensiones, Porvenir S.A. y Skandia S.A.*, con la finalidad que se declare la nulidad del traslado que realizara ante *Porvenir S.A.* el 1º de agosto de 1996.

En virtud de ello, solicita que se condene a *Old Mutual S.A.*, hoy *Skandia S.A.*, a restituir a *Colpensiones* los valores obtenidos en virtud de la vinculación que efectuare ante sus dependencias como lo son las cotizaciones, junto con todos los



rendimientos que se hubieren causado, y a su vez, se le ordene a *Colpensiones* a recibirla como afiliada, incluyendo todos los rubros que existan en su cuenta de ahorro individual, y a contabilizar para efectos de pensión las semanas cotizadas en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, más lo que se pruebe *ultra y extra petita* y las costas procesales.

Como pretensión subsidiaria, se declare la ineficacia e inoperancia de los efectos del traslado efectuado ante la AFP *Porvenir S.A.*

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que estuvo afiliada al antiguo ISS desde el día 10 de junio de 1988, siendo trasladada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 1º de agosto de 1996 por parte de la AFP *Porvenir S.A.*, sin que fuese informada por dicho fondo sobre las implicaciones de sus derechos pensionales con el traslado de régimen, los riesgos que tendría, las diferencias entre uno y otro régimen pensional, la ventajas y desventajas teniendo en cuenta su edad y tiempo de permanencia, entre otros factores más. Por último, relató que el 30 de septiembre de 2010, se trasladó a la AFP *Old Mutual S.A.*, y que agotó la reclamación administrativa.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas en su contra, argumentando que la afiliación realizada por la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de *Porvenir S.A.* tiene plena validez y legalidad, puesto que no se probó por la accionante alguna de las causales de nulidad, ni vicios en el consentimiento, entendidos estos como error, fuerza y dolo, sumado a que con posterioridad a la primera afiliación, la actora efectuó otro traslado dentro del mismo Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y la denominada declaratoria de otras excepciones.

Old Mutual S.A. expuso en su contestación, que el acto de traslado que realizó la actora a través de *Porvenir S.A.* es una situación que no le consta, aunado a que la afiliación que se efectuó ante sus dependencias goza de plena validez.



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

Por su parte *Porvenir S.A.*, refirió que al momento del traslado de la demandante en el año 1996, los asesores de la entidad brindaron una información acerca de las modalidades para pensionarse en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, las diferentes posibilidades para invertir el dinero durante el tiempo en el que se va construyendo el derecho pensional, la negociabilidad del bono, la fecha en la que el bono se redimiría en caso de que lo hubiera, además de los beneficios que pudiera obtener, como por ejemplo pensionarse con una mesada más alta que en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y varios aspectos más acerca de las diferencias entre uno y otro régimen.

Formuló las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, e innominada o genérica.

Protección S.A. luego que hubiese sido vinculada de manera oficiosa por el Juzgado de conocimiento en audiencia del 27 de marzo de 2019, contestó la demanda aduciendo que la actora el día 26 de septiembre de 1997 fue visitada por la señora Elizabeth Chaparro Navas, la cual la asesoró de manera objetiva, íntegra, clara y responsable sobre las características tanto del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad como del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y dentro de las características del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se le indicaron los rasgos diferenciales de tal régimen.

Interpuso las excepciones de traslado y movilidad del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de diferentes AFP convalida la voluntad de estar afiliado a dicho régimen, inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, traslado de aportes, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, e innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 29 de octubre de 2020, declaró la ineficacia del traslado de la actora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad acaecido el 26 de junio de 1996 ante *Porvenir S.A.*, condenando a su vez a *Colpensiones* a admitir el traslado de régimen pensional.



Igualmente, condenó a *Old Mutual* – hoy *Skandia*, a devolver a *Colpensiones* todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación de la actora, tales como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración y sumas adicionales con los respectivos intereses de conformidad con las previsiones de que trata el artículo 1746 del Código Civil, junto con los rendimientos que se hubieren causado. También condenó a *Colpensiones* a aceptar todos los valores que devuelva *Old Mutual* – hoy *Skandia*, y que reposaban en la cuenta de ahorro individual de la actora.

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 una obligación consagrada desde el Decreto 663 de 1993.

Que en tal sentido, de las probanzas arriadas al plenario, no se advirtió que *Porvenir S.A.* hubiera suministrado la debida información al momento de traslado de la actora, máxime si la señora *Stella Leonor Sánchez Gil*, no confesó en el interrogatorio de parte rendido haber recibido información adecuada cuando se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, de ahí que la afiliación se considere ineficaz, aunado a que si bien es abogada, dicha situación no implica que la AFP no tuviese la carga probatoria de suministrar una asesoría ajustada a derecho.

Además, resaltó que el hecho que la actora hubiese realizado distintos traslados de AFP dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no es óbice para que debiera existir la debida información según postulados emanados por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Old Mutual – hoy *Skandia S.A.*, apeló la sentencia bajo el entendido que no es procedente la entrega de los gastos de administración con destino a *Colpensiones*, como quiera que de conformidad con lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 36 del Decreto 692 de 1994, no es procedente la devolución de los mismos, en el entendido que siempre ha actuado de buena fe respecto de los recursos que reposan en la cuenta individual de la demandante, y que en caso de trasladarse dichos recursos a *Colpensiones*, se presentaría la figura de enriquecimiento sin causa.



Colpensiones expuso en su alzada que, el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad fue válido, en tanto para dicha data la AFP *Porvenir S.A.* además del formulario de afiliación, no se le exigía otro medio probatorio que evidenciara el deber de información, por lo que el formulario suple el medio probatorio informativo.

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 26 de junio de 1996 a la AFP *Porvenir S.A* (Fl. 273), 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”*.

Por otra parte, en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que se le haya suministrado la información, de lo que se colige que atendiendo la exposición de la *a-quo*, no se puede obtener una afirmación de que a la actora se le hubiesen suministrado las condiciones necesarias entre uno y otro régimen, como tampoco las ventajas y desventajas de los mismos, dejándose claro que a pesar de que señora *Stella Leonor Sánchez Gil* sea abogada y por consiguiente por su profesión conozca temas relacionados con el asunto que aquí nos ocupa, tal aspecto no releva de las obligaciones a *Porvenir S.A*.

Ahora bien, frente al recurso de apelación interpuesto por *Skandia* por ser donde en la actualidad se encuentra afiliada la actora como da cuenta el respectivo formulario del 14 de octubre 2010 (Fl. 238), 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.

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, 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».

Es así, por lo que no le asiste 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 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 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 confirmaría 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;

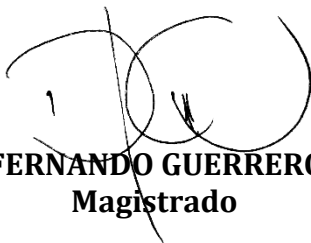
RESUELVE:



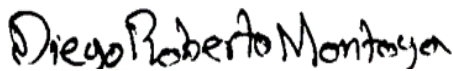
PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 29 de octubre de 2020 por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

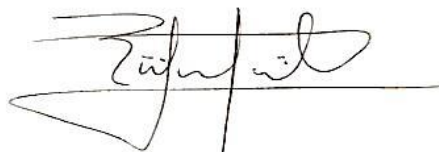
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



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 11001 31 05 037 2018 00 755 01
Demandante: CONSUELO INÉS MURILLO CASTILLO
Demandado: COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A Y COLFONDOS S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021).

AUTO:

Se reconoce personería a la abogada *Laura Elizabeth Gutiérrez Ortiz*, identificada con cédula de ciudadanía No. 31.486.436 y T.P. 303.924 del C.S. de la Judicatura, para actuar en representación de *Colpensiones*, en los términos y facultades 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 25 de agosto del 2020 por el Juzgado Treinta y Siete 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 *Consuelo Inés Murillo Castillo* formuló demanda en contra de *Colpensiones, Protección S.A. y Porvenir S.A.*, con la finalidad de que se declare que *Colmena*, hoy *Protección S.A y Porvenir S.A*, incumplieron con su deber legal de información al no brindar una asesoría veraz, oportuna, pertinente, objetiva y comprensible a la demandante sobre las características y consecuencias del traslado de régimen; en consecuencia se declare nula e ineficaz el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuada por la demandante a *Colmena, hoy Protección S.A.*, así como la



realizada a la *AFP Porvenir S.A.*, y por tanto, la demandante se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

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

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que nació el 15 de octubre de 1963, e inició a realizar aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones el 27 de noviembre de 1990, manteniéndose afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida hasta el 30 de noviembre de 1997; señala que se afilió a la AFP *Colmena*, hoy *Protección S.A.* el 1° de diciembre de 1997; y en el año 2017 se trasladó a la AFP *Porvenir S.A.*

Precisa que su traslado se dio con ocasión de una visita que recibió de parte de los asesores de la AFP en su lugar de trabajo, oportunidad en la cual se le manifestó que el ISS se encontraba en graves problemas financieros y que permanecer en dicho fondo implicaba un riesgo para sus aportes, además que podría obtener una pensión por un mayor valor, no obstante no desplegó ninguna actividad de asesoramiento responsable y transparente a fin de brindarle información veraz, oportuna, pertinente y objetiva para prever las consecuencias futuras que le acarrearía el traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el ISS.

Agrega que solicitó a *Colpensiones* el traslado de régimen, pero dicha entidad negó su solicitud; así mismo solicitó a las AFP la anulación de la afiliación, pero estas tampoco accedieron a sus pedimentos.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Porvenir S.A se opone a la totalidad de las pretensiones, por cuanto no existen fundamentos fácticos que permitan establecer una la falta de información durante la afiliación de la demandante con la AFP, aunado a lo anterior, no existe en el plenario prueba alguna de dicha situación.



Formuló como medios exceptivos los que denominó prescripción, buena fe, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, la genérica, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones e indebida asesoría.

Protección S.A. se opuso a la prosperidad alegando por cuanto aduce que se trata de un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo.

Formuló como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, la genérica e inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe.

Colpensiones se opuso a la totalidad de las pretensiones, toda vez que la demandante se afilió válidamente a la AFP *Colmena*, hoy *Protección S.A.*, y no probó omisiones por parte de la AFP privada, referente a la información brindada por la misma en el momento del traslado.

Propuso las excepciones de error sobre un punto de derecho, no vicia el consentimiento; prescripción; presunción de legalidad de los actos administrativos; buena fe; la genérica y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 25 de agosto del 2020, declaró la ineficacia del traslado que efectuó la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por *Colmena*, hoy *Protección S.A* que tuvo como fecha de suscripción el 1° de diciembre de 1997; condenó a *Porvenir S.A* a transferir a *Colpensiones* todos los valores contenidos en la cuenta de ahorro individual junto con los bonos pensionales, rendimientos financieros y los costos cobrados por administración; condenó a *Colpensiones* a admitir el traslado del régimen pensional de la demandante y aceptar los valores que remita la AFP *Porvenir S.A.*

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; aunado a ello que si un afiliado aduce que no recibió la suficiente información, son los fondos privados quienes deben acreditar que, por el contrario, el trabajador sí recibió la información debida.

Precisando que en el presente caso no existe material probatorio alguno que pueda evidenciar que a la demandante se le brindó la respectiva información, luego no se acreditó que la AFP haya cumplido con su deber de información.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Colpensiones, interpuso recurso de apelación en el que en suma indicó que si se tiene como válidamente afiliada la accionante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, se afectaría la sostenibilidad financiera, en atención a que no puede darse prevalencia al interés particular sobre el general, máxime que el sistema no tiene por finalidad el equilibrio en la prestación, sino la debida atención de las contingencias a las que está expuesto el afiliado; señala que se evidencia que no se lesionaron los derechos de información y buen consejo de la demandante, siendo un principio general del derecho que la ignorancia de la ley no sirve de excusa.

Porvenir S.A. presentó recurso de alzada, señalando que no participó en el acto de traslado de régimen, resultando perjudicada con la decisión de devolución de dineros y rendimientos que ha venido percibiendo de buena fe. De igual manera, que no se demostró dentro del proceso ningún tipo de vicio del consentimiento, y si se generó fue saneado por ratificación como lo informan los artículos 1742 y 1743 del Código Civil, aunado a ello que tuvo la oportunidad de trasladarse al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y no lo hizo.

Finalmente señala que la accionante tiene obligaciones como consumidora financiera y debió acceder a los mecanismos de información y de capacitación para conocer el Sistema General de Pensiones, así como revisar los términos y condiciones de los formularios de afiliación, lo cual no cumplió a cabalidad, en tanto solo demostró interés por su situación pensional hasta el año 2012, cuando ya estaba inmersa en una prohibición legal de trasladarse; de otra parte, que la AFP al momento de la afiliación debía acceder a su inclusión, pues de conformidad con el artículo 111 de la Ley 100 de 1993, no puede rechazar a ningún afiliado.

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, se allegó formulario de afiliación a *Porvenir S.A* del 1° de febrero del 2017 (Fl 103); el formulario de afiliación a *Colmena*, hoy *Protección S.A* del 1° de diciembre de 1992.; 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 el traslado se dio en virtud de una reunión que tuvo con los asesores de la AFP en la empresa, en la cual le dijeron de la importancia de afiliarse al fondo, por cuanto el ISS se iba a liquidar, precisando que la reunión fue general y no de manera personalizada.

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 financiera, 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 S.A 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 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:

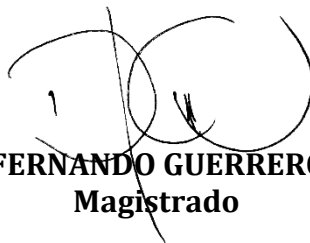
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

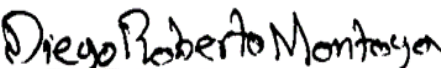
PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 25 de agosto de 2020 por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

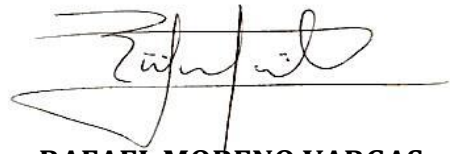
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



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 06 2018 00792 01
Demandante: DIEGO ALEXANDER AGUIRRE LONDOÑO
Demandado: COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021).

AUTO:

Se reconoce personería a la abogada *Laura Elizabeth Gutiérrez Ortiz*, identificada con cédula de ciudadanía No. 31.486.436 y T.P. 303924 del C. S. de la Judicatura, para actuar en representación de *Colpensiones*, en los términos y facultades del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por *Colpensiones*, en contra de la sentencia proferida el 10 de junio de 2020 por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *Diego Alexander Aguirre Londoño*, formuló demanda ordinaria en contra de *Colpensiones*, con la finalidad que se declare que le asiste el derecho al reconocimiento, pago y causación de su pensión de invalidez de origen común en forma retroactiva a partir del día 7 de noviembre de 2014.

Asimismo, se condene a la encartada a pagar la prestación a partir del 7 de noviembre de 2014, fecha en que se estructuró la pérdida de capacidad laboral en



una cuantía no inferior al salario mínimo legal mensual vigente al momento de su reconocimiento pensional, o la suma en valor superior que llegase a ser determinada por el Despacho conforme a las pruebas recaudadas en el proceso, junto con las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada anualidad, indexación, intereses moratorios, lo que se falle *ultra y extra petita* y costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que nació el 16 de octubre de 1965, así como que el antiguo ISS mediante Resolución No. 009593 del 19 de abril de 2010, le concedió una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

Que mediante Resolución No. 201594212VV del 20 de abril de 2015, *Colpensiones* lo calificó con una pérdida de capacidad laboral en porcentaje del 53.89% de origen común, con fecha de estructuración del 7 de noviembre de 2014, enfermedad generada como consecuencia de una inmunodeficiencia humana adquirida (V.I.H – SIDA) desde el año 2006, con enfermedades asociadas de sarcoma y bronquiectasia pulmonar.

Refirió que, en virtud de la pérdida de su capacidad laboral, solicitó a la accionada el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, la cual fue negada mediante Resolución GNR 336746 del 27 de octubre de 2015, argumentándose que no cumplía con el mínimo de semanas requerido de conformidad con lo establecido en el Decreto 860 de 2003, que modificó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, así como que tampoco era beneficiario de la figura de la condición más beneficiosa.

Seguidamente, relató que el día 24 de agosto de 2016, solicitó nuevamente el derecho pensional, que fue negado mediante Resolución GNR 318272 de 2016, argumentándose incompatibilidad entre la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez con cualquier otra asignación en los términos previstos en el Decreto 1730 de 2001.

Por último, refirió que en el periodo comprendido entre el mes de junio de 2012 y el mes de mayo de 2014, laboró al servicio de la Sociedad Pemser Solutions S.A.S., quien efectuó los correspondientes aportes a seguridad social en pensión ante la AFP *Porvenir S.A.*, última que a su vez trasladó a *Colpensiones* los mencionados aportes como da cuenta la historia laboral.



1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas en su contra, refiriendo que de conformidad con lo establecido en los artículos 38 y 39 de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, la demandante no cumplió con los referidos requisitos, como quiera que no acreditó cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.

Expuso además, que al actor le fue reconocida una indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez, situación que resulta incompatible con una pensión de invalidez al tenor de lo preceptuado en el artículo 6 del Decreto 1730 de 2001.

Propuso las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, cobro de lo no debido y la denominada innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 10 de junio de 2020, condenó a *Colpensiones* a reconocer y pagar a favor del demandante la pensión de invalidez de origen común en cuantía inicial de \$616.000 a partir del 7 de noviembre de 2014, junto con los aumentos legales, la mesada 13 y los intereses regulados por el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 desde la exigibilidad de cada mesada pensional y hasta cuando se produzca el pago de la obligación.

Además, declaró probada parcialmente la excepción de prescripción a partir del 25 de octubre de 2015.

Para arribar a dicha conclusión, expuso en primer lugar que de conformidad con los requisitos establecidos en el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, el cual modificó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, dentro del plenario se probó que *Colpensiones* emitió dictamen de fecha 20 de abril de 2015, donde se determinó una pérdida de capacidad laboral del actor equivalente al 53.9% de origen común, y una fecha de estructuración del día 7 de noviembre de 2014, así como que dentro de los últimos tres años anteriores a la fecha de estructuración del estado de invalidez, se acreditó una densidad superior a 50 semanas, más exactamente 116.12, de ahí que haya ostentado los requisitos para acceder a la prestación.



En cuanto a la condena por concepto de intereses moratorios, dispuso la misma desde la exigibilidad de cada mesada pensional, mes a mes y hasta cuando se produzca el correspondiente pago.

Estimó con ocasión a la excepción de prescripción, que operó desde el 25 de octubre de 2015, en atención a que la demanda se presentó el mismo día del año 2018, luego que *Colpensiones* negara el reconocimiento de la pensión mediante Resolución GNR 336746 del 27 de octubre de 2015, sin que se hubiesen interpuesto los recursos de reposición y apelación.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Colpensiones apeló la decisión. Señaló que el antiguo ISS mediante Resolución 9593 de 2010, le reconoció al actor indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez, por lo que debe tenerse en cuenta lo estipulado en el artículo 6 del Decreto 1730 de 2001, que señala la incompatibilidad de este ese emolumento con el derecho a la pensión de invalidez.

Por otra parte, advirtió que según se desprende de la historia laboral del demandante, su última cotización efectiva lo fue el 31 de agosto de 1998, cotizando un total de 33.33 semanas y su estructuración de pérdida de capacidad laboral fue el 7 de noviembre de 2014, de ahí que resulte evidente que entre el 7 de noviembre de 2007 y el 7 de noviembre de 2014 no cotizara 50 semanas.

En último lugar, manifestó que en caso de que prospere el derecho pensional del demandante, debe compensarse las suma ya reconocidas por concepto de la indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez.

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 al aquí demandante le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez pretendida.

Como segundo problema jurídico, y en razón a que el presente asunto se está estudiando en el grado jurisdiccional de consulta a favor de *Colpensiones*, la Sala deberá auscultar si hay vocación de prosperidad de los intereses moratorios regulados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 e imputados por la *a-quo*.

c. Del caso en concreto:

Sea lo primero indicar, que no fue objeto de reproche que el antiguo ISS mediante Resolución No. 9553 del 19 de abril de 2010, reconoció al actor una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez en cuantía de \$2.835.834, teniendo en cuenta 312 semanas y un ingreso base de cotización de \$504.358 (Fl. 54 a 55).

Asimismo, que mediante Resolución GNR 336746 del 27 de octubre de 2015 *Colpensiones* negó la pensión de invalidez del demandante bajo el entendido que no acreditó el requisito de cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, de conformidad con lo establecido en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003 (Fls. 59 a 62).

Tampoco el hecho que, en Resolución GNR 318272 del 28 de octubre de 2016, la encartada nuevamente negó el derecho de invalidez del señor *Diego Alexander Aguirre Londoño*, con el argumento que ya le había sido otorgada una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, y por tanto, resultaba incompatible con la prestación aquí deprecada según los lineamientos regulados en el Decreto 1730 de 2001, en concordancia con lo regulado en el artículo 19 de la Ley 4 de 1992 y el artículo 128 de la Carta Política (Fls. 63 a 65).

Del derecho pensional.

El artículo 38 de la Ley 100 de 1993, establece:

“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.”

A su turno, el artículo 39 de la misma disposición normativa preceptúa:

“ARTÍCULO 39. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE INVALIDEZ. <Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> *Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:*

- 1. Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.*
- 2. Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma.*

PARÁGRAFO 1o. <Parágrafo **CONDICIONALMENTE** *exequible*> *Los menores de veinte (20) años de edad sólo deberán acreditar que han cotizado veintiséis (26) semanas en el último año inmediatamente anterior al hecho causante de su invalidez o su declaratoria.*

PARÁGRAFO 2o. *Cuando el afiliado haya cotizado por lo menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, solo se requerirá que haya cotizado 25 semanas en los últimos tres (3) años.”*

En tal sentido, con ocasión al requisito de la invalidez, como lo sostuvo la falladora de instancia, se observa que a folios 56 a 57, obra copia del dictamen emitido por *Colpensiones*, donde se prueba que en efecto al aquí demandante le fue determinada una pérdida de capacidad laboral del 53.89% de origen común, cuya patología fue descrita como “*Enfermedad por virus de la Inmunodeficiencia Humana (VIH)*”, y con fecha de estructuración el 7 de noviembre de 2014; circunstancia por la cual, se encuentra acreditado el primer requisito de la prestación que como ya se enunció, es superior del 50%.

Ahora bien, el numeral 1º del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, que fuese modificado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, regula como segundo requisito para la obtención de la prestación, que al tratarse de enfermedad, como es el caso del señor *Diego Alexander Aguirre Londoño*, debe acreditar cotizadas cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de la estructuración.

Bajo esta óptica, puede apreciarse que uno de los argumentos para la negativa del derecho por parte de la entidad, es que el actor no acreditó las cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de la estructuración, esto es, por el periodo comprendido entre el 7 de noviembre de 2011 y el 7 de noviembre de 2014.



Tal tópico no resulta de asidero frente a la realidad procesal, pues como lo sostuvo el actor en los supuestos fácticos de la demanda, en efecto se aprecia que el empleador “*Pemser Solutions S.A.S*” realizó cotizaciones por el periodo comprendido entre el 1º de junio de 2012 y el 7 de noviembre de 2014, calenda última de la estructuración según se desprende de la historia laboral allegada por *Colpensiones* (Fls. 114 a 117), arrojando un total de 115.83 semanas según cuadro comparativo que se relaciona.:

DESDE	HASTA	SEMANAS
1/06/2012	30/06/2012	4,29
1/07/2012	31/07/2012	4,29
1/08/2012	31/08/2012	4,29
1/09/2012	30/09/2012	4,29
1/10/2012	31/10/2012	4,29
1/11/2012	30/11/2012	4,29
1/12/2012	31/12/2012	4,29
1/01/2013	31/01/2013	4,29
1/02/2013	28/02/2013	4,29
1/03/2013	31/03/2013	4,29
1/04/2013	30/04/2013	4,29
1/05/2013	31/05/2013	4,29
1/06/2013	30/06/2013	4,29
1/07/2013	31/07/2013	4,29
1/08/2013	31/08/2013	4,29
1/09/2013	30/09/2013	4,29
1/10/2013	31/10/2013	4,29
1/11/2013	30/11/2013	0
1/12/2013	31/12/2013	4,29
1/01/2014	31/01/2014	4,29
1/02/2014	28/02/2014	4,29
1/03/2014	31/03/2014	0
1/04/2014	30/04/2014	4,29
1/05/2014	31/05/2014	4,29
1/06/2014	30/06/2014	4,29
1/07/2014	31/07/2014	4,29
1/08/2014	31/08/2014	4,29
1/09/2014	30/09/2014	4,29
1/10/2014	31/10/2014	4,29
TOTAL DE SEMANAS		115,83

Lo anterior significa, y como lo acentuó la *a-quo*, que el demandante acreditó el requisito de semanas preceptuado en la norma, esto es, más de las cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de la estructuración, dejándose de presente además que las semanas que desconoce la encartada se discriminan en la historia laboral bajo el concepto de “*Valor devuelto del Régimen de Ahorro Individual por pago al fondo*”, que fueron trasladadas desde la AFP Porvenir, por lo que no es justificable que la entidad hubiese desconocido el derecho pensional del actor.

Otro aspecto a destacar, es que la encartada aduce que por haberse reconocido una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez no es procedente la pensión de invalidez, en cuanto se produce una incompatibilidad como lo regula el Decreto 1730 de 2001.

Como ya se mencionó, al actor el antiguo ISS mediante Resolución 9593 del 19 de abril de 2010, le reconoció una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez en cuantía de \$2.835.834, teniendo en cuenta un total de semanas de 312, siendo la última aportada hasta el 30 de agosto de 1998.



Tal situación, no es óbice para que el derecho pensional de invalidez no pueda ser percibido por el actor con posterioridad al reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, como así lo ha dejado asentado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STL17201-2015, Radicación No. 41956 del 10 de diciembre de 2015, donde resaltó:

“En ese orden, la decisión del Tribunal tampoco pudo haber transgredido las garantías superiores invocadas, pues ello, vale decirlo, se ajusta a lo que de tiempo atrás ha señalado la Corte, en punto a que la indemnización sustitutiva se ha contemplado como una prestación provisional, que si bien no excluye el reconocimiento pensional cuando con posterioridad se constata que lo que realmente procedía era la pensión de vejez, lo cierto es que para la contabilización de las semanas cotizadas debe tenerse en cuenta lo aportado con anterioridad a la manifestación expresa de acceder a la suma indemnizatoria, que en el caso de la actora fue hasta el 2001, que es la fecha en que ella misma aceptó expresar la imposibilidad de adquirir el estatus de pensionada por vejez.

“Lo anterior, por cuanto la lógica de financiación del sistema de prima media con prestación definida, implica conservar los valores cotizados por los afiliados en un fondo común, dado que son los que cimientan su equilibrio económico y garantizan su buen funcionamiento en pos de cumplir con las prestaciones que le asisten a los demás. Si se permitiera que los afiliados pudieran, bajo su simple capricho, obtener cuantas veces quisieran y a título de indemnización lo consignado en materia de aportes, tal circunstancia generaría un colapso al interior de la administración del sistema pensional y desvirtuaría el esquema de reparto simple bajo el cual fue creado, ni qué decir del menoscabo a la sostenibilidad financiera, que vale resaltar, hoy goza de respaldo constitucional (Art. 48 C.P.).

“Ahora bien, a partir del recibo de tales sumas no existía, en términos jurídicos, problema alguno para que la accionante continuara cotizando, que es lo que en efecto ha venido haciendo, pues aun cuando estaría excluida del seguro social obligatorio para esa misma contingencia (la de vejez), por otro lado y dado el esquema contributivo integral que caracteriza a nuestro Sistema de Seguridad Social, no existe impedimento para que se asegurara contra otro tipo de necesidades originadas en riesgos como la invalidez y la muerte, de allí la razón por la que tenga el derecho a recibir, a manera de indemnización, los aportes sufragados con posterioridad al 2001, que fue precisamente lo que hizo el Tribunal.

“Surge como corolario que a la parte actora se le han respetado sus derechos fundamentales, pues tal y como planteó sus pretensiones, esto es que se le reconociera la pensión de vejez teniendo en cuenta las cotizaciones efectuadas antes y después de la Resolución que le concedió la indemnización sustitutiva, la misma devenía inviable.”

Así las cosas, es palmario que las semanas que cotizó el actor entre el 7 de noviembre de 2011 y el 7 de noviembre de 2014, calenda última en la que se dispuso el estatus de la invalidez, son permitidas atendiendo el derecho de la seguridad social regulado en el artículo 48 de la Constitución; circunstancia por la cual, habrá de confirmarse la sentencia de primera instancia en el sentido de que le asiste razón



al actor para la procedencia de la pensión de invalidez a partir del 7 de noviembre de 2014.

Del monto de la mesada pensional.

Atendiendo que del reporte de semanas se aprecia que el actor efectuó cotizaciones con un ingreso base de cotización de un S.M.L.M.V., es plausible concluir que el monto de la mesada pensional es sobre el salario mínimo y sobre 13 mesadas pensionales al año, como así lo concluyó la *A-quo* y conforme se advierte de la liquidación realizada (Fl. 121 a 124).

De la excepción de prescripción.

Contrario a lo decidido por la falladora de instancia, dentro del presente asunto no operó el fenómeno prescriptivo, como quiera que al habersele notificado el dictamen pericial al actor el 7 de mayo de 2015 según se desprende de la documental visible a folio 58, este presentó la solicitud pensional el 15 de mayo de 2015, suspendiéndose el término trienal prescriptivo hasta que fue resuelta a través de la Resolución GNR 336746 del 27 de octubre de 2015 y que se notificara personalmente el 27 de octubre de la misma anualidad (Fls. 59 a 62), y al haberse presentado la demanda el 25 de octubre de 2018 según se constata del acta individua de reparto (Fl. 1), efectuándose la notificación a la encartada dentro del año siguiente, esto es, el 26 de noviembre de 2018, de ahí que resulte palmario que no existió prescripción alguna.

A pesar de lo anterior, la decisión de primer grado se mantendrá incólume en el sentido de declarar probada parcialmente la excepción de prescripción desde el 25 de octubre de 2015, toda vez que el actor no apeló tal decisión, adicional a que el proceso se está estudiando en el grado jurisdiccional de consulta a favor de la entidad, por lo que en caso de revocar lo allí decidido iría en contra de los intereses esta.

Del retroactivo pensional.

Como quiera que no se calculó el retroactivo pensional por la falladora de instancia, es por lo que en esta oportunidad se realizará lo respectivo, retroactivo que se efectuará por el periodo comprendido entre el 25 de octubre de 2015 y el 31 de diciembre de 2020, con trece mesadas pensionales al año:



DESDE	HASTA	No. DE MESADAS	MONTO
25/10/2015	31/12/2015	2,16	\$ 1.391.796
1/01/2016	31/12/2016	13	\$ 7.662.915
1/01/2017	31/12/2017	13	\$ 9.512.321
1/01/2018	31/12/2018	13	\$ 10.156.146
1/01/2019	31/12/2019	13	\$ 10.765.508
1/01/2020	31/12/2020	13	\$ 11.810.838
TOTAL			\$ 51.299.524

Así las cosas, *Colpensiones* deberá pagar por concepto de retroactivo la suma de \$51.299.524, autorizando a la entidad que realice el descuento de salud sobre dicho monto de conformidad con lo establecido en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, lo que conduce a su vez que la sentencia de primera instancia se adicione por este tópico decisonal.

De lo intereses moratorios.

Respecto del pago de intereses moratorios con ocasión a las pensiones de invalidez, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL4429-2020, Radicación No. 74949 del 10 de noviembre de 2020, precisó:

“Esta corporación tiene definido que, si bien la cancelación de los referidos intereses moratorios se encuentra supeditada a que exista mora o retardo en el pago de la prestación pensional a la que se tiene derecho, en todo caso, la naturaleza de dichos intereses es resarcitoria, pues el legislador los previó con miras a reparar el pago tardío de la pensión a que había lugar y no como una mera sanción al deudor.

Por tanto, deben ser impuestos con independencia de la buena o mala fe en el comportamiento en que haya incurrido el deudor, siempre y cuando, se demuestre el retardo injustificado en la cancelación de la prestación pensional, en cuanto se trata simplemente del resarcimiento económico encaminado a aminorar los efectos adversos que produce al acreedor la mora del deudor en el cumplimiento de las obligaciones (CSJ SL13388-2014 y CSJ SL7893-2015). Así las cosas, el reconocimiento de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 se generan, indiscutiblemente, por la mora o retardo en el pago de las mesadas pensionales de quien está llamado a reconocer la prestación pensional.”

A juicio de esta Corporación, dentro del presente asunto se presentó un retardo injustificado para el reconocimiento de la prestación que aquí nos ocupa, en tanto, en la historia laboral se aprecia que los tiempos de cotización efectuados por el empleador Pemser Solutions S.A.S por el periodo comprendido entre el 1º de junio de 2012 y el 31 de octubre de 2014, si bien en inicio se efectuaron ante la AFP Porvenir S.A., lo cierto es que fueron trasladados a la encartada, pues incluso así se refleja dentro de la historia laboral con la observación *“Valor devuelto del Régimen de Ahorro Individual por pago al fondo”*, y que por demás fueron pagados en tiempo



(Fls. 72 a 75), por lo que se puede colegir la existencia del retardo referido, lo que conlleva a confirmar la condena por este concepto.

A pesar de lo anterior, la sentencia habrá de ser adicionada ya que en primera instancia no se determinó la fecha de imputación de este pago, que deberá ordenarse a partir del 16 de septiembre de 2015, pues la reclamación de la solicitud pensional se elevó el día 15 de mayo de 2015 como se desprende de las consideraciones esbozadas en la Resolución GNR 336746 del 27 de octubre de 2014 (Fls. 59 a 62).

Por último, se deja de presente igualmente que de la condena impuesta habrá de descontarse el valor que se le reconociera al actor por concepto de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez que le reconociera la entidad mediante Resolución 9593 del 19 de abril de 2010.

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: ADICIONAR la sentencia proferida el 10 de junio de 2020 por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de condenar a *Colpensiones* por concepto de retroactivo pensional por el periodo comprendido entre el 25 de octubre de 2015 y el 31 de diciembre de 2020 en la suma de \$51.299.524, valor respecto del cual la entidad se encuentra facultada para descontar los aportes a salud.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia proferida el 10 de junio de 2020, en el sentido de establecer que los intereses moratorios regulados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, deberán ser reconocidos a partir del 16 de septiembre de 2015.

TERCERO: AUTORIZAR a Colpensiones que del retroactivo pensional aquí ordenado, se descuente lo pagado al demandante por concepto de la indemnización



sustitutiva de la pensión de vejez que le fuera reconocida mediante la Resolución No. 9593 del 19 de abril de 2010.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

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 01 2018 00715 01
Demandante: ANA CECILIA GONZÁLEZ DE VÁSQUEZ
Demandado: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
 COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021).

AUTO:

Se reconoce personería a la abogada *Laura Elizabeth Gutiérrez Ortiz*, identificada con cédula de ciudadanía No. 31.486.436 y T.P. 303.924 del C.S. de la Judicatura, para actuar en representación de *Colpensiones*, en los términos y facultades del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar el recurso de apelación propuesto por la parte actora, contra la sentencia proferida el 15 de julio del 2020 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Ana Cecilia González de Vásquez*, presentó demanda ordinaria laboral en contra de *Colpensiones*, para que previo el trámite de rigor se declare que el señor



Jorge Miguel Vásquez mediante INURBE EN LIQUIDACIÓN cotizó a CAJANAL entre el 20 de febrero de 1968 al 24 de febrero de 1980, un total de 566,428 semanas, y por tal razón, *Colpensiones* debe incluir en la historia laboral las referidas semanas; se declare que en virtud del principio de la condición más beneficiosa la demandante es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes del señor *Jorge Miguel Vásquez* y tiene derecho a su reconocimiento y pago; se condene a *Colpensiones* al reconocimiento y pago de las mesadas adicionales de junio y diciembre; el pago del retroactivo pensional; la indexación de las sumas adeudadas; los intereses moratorios; lo que resulte probado *ultra y extra petita*, junto con las costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones adujo que el señor *Jorge Miguel Vásquez Vásquez* nació el 17 de diciembre de 1940; laboró para el INURBE EN LIQUIDACIÓN desde el 20 de febrero de 1968 al 24 de febrero de 1980, interregno durante el cual fueron realizados los aportes a CAJANAL, y posteriormente cotizó al ISS del 1° de octubre de 1986 al 1° de septiembre de 1991, para un total de 256 semanas; relata que el causante falleció el 14 de marzo de 1995.

Precisa que contrajo matrimonio con el señor *Jorge Miguel Vásquez Vásquez* el 7 de agosto de 1971, conviviendo por un lapso de 24 años hasta la data de su deceso, procreando 3 hijos de nombres *Martha Liliana, Sandra y Luis Miguel Vásquez González*, todos mayores de edad.

Refiere que radicó solicitud de prestaciones económicas el 2 de mayo del 2016, la cual fue resuelta de forma desfavorable a través de la Resolución GNR 22551 del 1° de agosto del 2016, en contra de la cual interpuso recurso de reposición y en



subsidio apelación el 24 de agosto del 2016, el cual fue desatado de manera negativa a través de la Resolución No. SVPB 5343 del 8 de febrero del 2017.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas en su contra, aduciendo que bajo los parámetros del Decreto 758 de 1990, únicamente se deben tener en cuenta las semanas efectivamente cotizadas al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Formula como medios exceptivos los que denominó prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 15 de julio del 2020 declaró probada la excepción de cobro de lo no debido propuesta por *Colpensiones* y absolvió a dicha entidad de las pretensiones incoadas; no obstante, en uso de las facultades *ultra y extra petita*, ordenó el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva correspondiente.

Como sustento de su decisión indicó que el causante al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, tenía como semanas cotizadas directamente al ISS un total de 256.71 semanas, las cuales corresponden al periodo comprendido entre el 1º de octubre de 1986 y el 1 de septiembre de 1991; de igual manera, no se acreditó que el causante haya cotizado 150 semanas en los 6 años anteriores a su fallecimiento, así como tampoco se logró acreditar que hubiera cotizado más de 300 semanas antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, por lo cual no es



dable acceder a la pensión reclamada en los términos contemplados en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990 en aplicación del principio constitucional de la condición más beneficiosa, máxime que no es factible la sumatoria de tiempos públicos y aportes privados para el reconocimiento pensional.

De manera *extra y ultra petita*, dispuso que *Colpensiones* proceda al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del *a-quo* la parte demandante presenta recurso de apelación en el que en suma indica que el artículo 2° del Acuerdo 049 de 1990 determina las personas excluidas del seguro de invalidez, vejez y muerte, sin enlistar a las personas a quienes hubiesen cotizado anteriormente a entidades públicos, por ende, no se encuentra prohibido en esta normatividad sumar los tiempos de cotización en entidades públicas, más aún en aplicación del principio de condición más beneficiosa, acreditando en todo caso una densidad de cotizaciones de 556.42 semanas, con las que accedería al beneficio 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

Conforme a los argumentos expuestos en el recurso de alzada, el objeto del presente debate se centra en establecer si la demandante tiene derecho a la pensión de sobrevivientes anhelada.

c. De la Causación de la Pensión

En aras de desatar la litis planteada, lo primero que debe precisar la Sala es que la pensión de sobrevivientes debe ser analizada a la luz de la norma vigente para la fecha de fallecimiento del causante. En tal media, como quiera que el señor *Jorge Miguel Vásquez Vásquez* falleció el 14 de mayo de 1995, acorde se verifica en el certificado de defunción obrante a folio 14, la norma aplicable es la Ley 100 de 1993, en su versión original.

Conforme al precepto en cita, en su numeral 2º, son beneficiarios de la pensión los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre que este se encuentre cotizando al sistema y hubiere aportado por lo menos 26 semanas al momento de su muerte; o que, habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiese efectuado aportes durante por lo menos 26 semanas del año inmediatamente anterior al fallecimiento.

Según el historial laboral que se hizo reposar al proceso por parte de la demandada a folio 23, el causante cotizó en total 256,71 semanas al extinto ISS del 1º de octubre de 1986 al 1º de septiembre de 1991; adicionalmente, cotizó para Cajanal del 20 de febrero de 1968 al 24 de febrero de 1980, un total de 656,42 semanas. En tal sentir, como la última cotización del causante se dio en septiembre de 1991 y falleció el 14 de mayo de 1995, es palmario que no era cotizante activo, sin que lograra acreditar



las 26 semanas en el año inmediatamente anterior al fallecimiento, de lo que se colige que no se cumplió con lo dispuesto en la norma antes citada.

Descartada la posibilidad de obtener la pensión de sobrevivientes con base en la Ley 100 de 1993 en su versión original, tal como lo hizo la *a-quo*, la Sala estudiará el principio de la condición más beneficiosa contemplado en los artículos 53 de la Constitución Política y 21 del C.S.T., en aras de corroborar si le asiste el derecho a la parte actora.

Con fundamento en el principio señalado, el operador jurídico está facultado para inaplicar la norma nueva al caso concreto y en su lugar aplicar la norma más favorable contenida en la regulación inmediatamente anterior a la que se deja de aplicar, en la medida que el legislador no previó un régimen de transición que protegiera las expectativas legítimas o los derechos adquiridos (SL3784-2019), y es por ello que en este caso sería lo previsto en los artículos 6 y 25 del Decreto 758 de 1990, de verificarse que en dicho régimen el asegurado había cumplido ya con los presupuestos allí previstos, y que para el caso nos indica en el segundo precepto en cita que tiene lugar *“Cuando la muerte del asegurado sea de origen no profesional, habrá derecho a pensión de sobrevivientes en los siguientes casos: a) Cuando a la fecha del fallecimiento, el asegurado haya reunido el número y densidad de cotizaciones que se exigen para adquirir el derecho a la pensión de invalidez por riesgo común”*.

Y, el primer precepto indica en su literal b) *“Haber cotizado para el Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, ciento cincuenta (150) semanas dentro de los seis (6) años anteriores a la fecha del estado de invalidez, o trescientas (300) semanas, en cualquier época, con anterioridad al estado de invalidez”*. Aunque el causante en los 6 años anteriores al deceso sumó 42,43, se tiene que en toda su vida laboral alcanzó 653,86



semanas, acreditando el segundo de los presupuestos, es decir, “...trescientas (300) semanas, en cualquier época, con anterioridad al estado de invalidez”.

Ahora, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia tiene establecido que es necesario que para la fecha de entrada en vigencia del sistema de seguridad social integral, el causante haya cotizado el mínimo de semanas exigido por la norma precedente, por manera que las cotizaciones deben estar satisfechas para el momento en que comenzó a regir la Ley 100 de 1993, o sea antes del 1° de abril de 1994, tal como lo precisó en la sentencia SL 634 del 2020 y la sentencia SL 1142 del 2020, en la que se explicó:

“Sobre el particular es pertinente recordar que en la sentencia CSJ SL13447-2016 que reiteró la CSJ SL405-2013, esta Sala señaló que el principio de la condición más beneficiosa, en los términos del artículo 53 de la Constitución Política, se aplica excepcionalmente cuando se presentan las siguientes particularidades: (i) que el afiliado fallezca después de la vigencia de la Ley 100 de 1993 (1.º de abril de 1994); (ii) que no reúna la densidad de cotizaciones exigida en el artículo 46 de la citada norma; (iii) que pese a ello, tenga la cantidad de cotizaciones prevista en la norma inmediatamente anterior, esto es en los artículos 6.º, 25 y 27 del Acuerdo 049 de 1990; (iv) que en lo relativo a las 300 semanas en cualquier tiempo, las mismas deben haberse satisfecho a la vigencia del sistema general de seguridad social en pensiones, y (v) que en lo que respecta a las 150 semanas en los 6 años anteriores al deceso, debe cumplirse con tal densidad a la vigencia del sistema pensional de la Ley 100 de 1993, junto con igual cantidad de aportes en los 6 años anteriores a la muerte del afiliado.”

En el presente caso, el finado antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 había cotizado un total 256,71 semanas al extinto ISS del 1° de octubre de 1986 al 1° de septiembre de 1991 y adicionalmente, cotizó para Cajanal del 20 de febrero de 1968 al 24 de febrero de 1980, para un total de 617,85.



Ahora, en torno a la posibilidad de tener en cuenta para efectos del reconocimiento pensional bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, a más de las semanas cotizadas al ISS, aquellos periodos cotizados a *Cajanal*, justo resulta recabar en que efectivamente la postura inicialmente adoptada por nuestro máximo órgano de cierre consistió en que para el reconocimiento y pago de las pensiones bajo los parámetros del Decreto 049 de 1990, únicamente era dable tener en cuenta las cotizaciones realizadas al otrora ISS; sin embargo, tal postura fue recientemente recogida por la misma Corporación, entre otras en sentencia SL-1981 del 2020, en la cual precisó:

“Rectificación jurisprudencial:

De todo lo anterior, se concluye:

(i) El sistema de seguridad social, inspirado en el principio de universalidad y el trabajo como referente de construcción de la pensión, reconoce validez a todos los tiempos laborados, sin distinciones fundadas en la clase de empleador (público o privado) a la que se prestaron los servicios, la entidad de previsión a la que se realizaron los aportes o si los tiempos efectivamente laborados no fueron cotizados.

(ii) En tal dirección, el literal f) del artículo 13 refiere que para el reconocimiento de las pensiones del sistema se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales (hoy Colpensiones) o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos, cualquiera sea el número de semanas cotizadas o el lapso laborado.

(iii) Los beneficiarios del régimen de transición, son afiliados del sistema general de seguridad social y, por consiguiente, salvo en lo que respecta a la edad, tiempo y monto de la pensión, las directrices, principios y reglas de la Ley 100 de 1993 les aplica en su integridad, lo que incluye la posibilidad de sumar todas las semanas laboradas en el sector público, sin importar si fueron o no cotizadas al ISS, hoy Colpensiones.



(iv) Esta regla de cardinal importancia la resaltó el legislador en el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, al habilitar para los beneficiarios del régimen de transición, los tiempos públicos y privados, cotizados o no a entidades de previsión social o al ISS.

(v) Para darle viabilidad a esta posibilidad legal de integrar las semanas laboradas en el sector público sin cotización al ISS, la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios regulan extensamente todo un régimen financiación de las prestaciones a través de cuotas partes y títulos pensionales.

“De acuerdo con los anteriores argumentos, la Corte Suprema de Justicia abandona su criterio mayoritario conforme al cual el Acuerdo 049 de 1990, aplicable en virtud del régimen de transición, solo permite sumar cotizaciones realizadas exclusivamente al ISS y, en su reemplazo, postula que sí es posible para efectos de obtener la pensión por vejez prevista en ese reglamento, contabilizar las semanas laboradas en el sector público, sufragadas o no a una caja, fondo o entidad de previsión social. En consecuencia, todos los tiempos laborados, sin distinción al tipo de empleador o si fueron objeto de aportes a pensión o no, son válidos para efectos pensionales.”

Postura que, si bien se impuso inicialmente en tratándose de pensiones de vejez, concedidas bajo el amparo del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, *mutatis mutandis* nada impide que se brinde las mismas garantías para quienes pretenden acceder a otro tipo de pensiones bajo el marco del Acuerdo 049 de 1990, tal y como sucede con la presente pensión de sobrevivientes hoy en estudio. Lineamiento, por demás acorde con lo indicado en la Sentencia SL-73581 del 2021, en cuyos apartes de indica:

“Ahora, la Sala estima oportuno abordar el tema desde una nueva perspectiva y modificar tal línea jurisprudencial, a fin de permitir la acumulación de tiempos públicos servidos sin cotización al Instituto de Seguros Sociales con los aportes sufragados a esta entidad, con la finalidad de acreditar las exigencias de aportes previstas en los artículos 6° y 25 del Acuerdo 049 de 1990, tanto para la pensión de sobrevivientes como para la de invalidez, cuando de invoque su aplicación en virtud del principio constitucional de la condición más beneficiosa”.



De cara a lo indicado, teniendo en cuenta la totalidad de los aportes realizados por el causante, no cabe duda alguna en cuanto a que el mismo dejó causado el derecho pensional deprecado en la presente litis, por cuanto cotizó más de 300 semanas antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Por manera que, atendiendo a las nuevas posturas jurisprudenciales, habrá de revocarse la sentencia primigenia, para en su lugar dar paso a la viabilidad de conceder la pensión de sobrevivientes solicitada por la libelista.

D. DE LA CALIDAD DE BENEFICIARIA DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES

En claro lo enunciado, debe procederse a analizar si la hoy demandante reúne los requisitos necesarios para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes del causante, para cuyos efectos, debemos estarnos a lo previsto en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, en su versión original, el cual reza:

“Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

“a. En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite.

“En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante por lo menos desde el momento en que este cumplió con los requisitos para tener derecho a una pensión de vejez o invalidez, y hasta su muerte, y haya convivido con el fallecido no menos de dos (2) años continuos con anterioridad a su muerte, salvo que haya procreado uno o más hijos con el pensionado fallecido;

b. 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; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, mientras subsistan las condiciones de invalidez.



c. A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de éste.

d. A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, padres e hijos con derecho, serán beneficiarios los hermanos inválidos del causante si dependían económicamente de éste.”

Ahora tal y como se desprende de la norma en cita en caso de muerte del afiliado, será afiliado para acceder a la pensión de sobrevivientes a la cónyuge le basta acreditar tal calidad. Supuesto este plenamente satisfecho por la demandante mediante la partida de matrimonio obrante a folio 13 del paginario, en la que se constata que contrajo nupcias con el finado el 7 de agosto de 1971.

De igual forma se corrobora que fruto de dicha unión nacieron *Martha Lilia, Sandra y Luis Miguel Vásquez González*, todos ellos mayores de edad para la data del deceso del causante, aunado a ello que la prueba testimonial dio cuenta de una convivencia hasta la data de su deceso, acorde lo manifestado por los testimonios de *Omaira Jiménez Salazar*, sus hijos *Martha Liliana Vásquez González y Luis Miguel Vásquez González*, *Sonia Isabel Triana Lugo* amiga de la familia y *Carlos Arturo Santos Pérez* cuñado de la demandante.

Dimana de lo enunciado la clara procedencia de la pensión de sobrevivientes solicitada por la hoy demandante *Ana Cecilia González de Vásquez*.

E. DEL VALOR DE LA MESADA PENSIONAL

Como quiera que se accedió al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes bajo el amparo del principio de la condición más beneficiosa, en el tránsito entre el Acuerdo 049 de 1990 y la Ley 100 de 1993, respecto de un afiliado fallecido en vigencia de esta última disposición, se tiene que la tasa de remplazo se debe



establecer conforme con el artículo 48 de la norma vigente, como lo ha explicado la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia entre otras en la sentencia SL 1815 de 2018, en el que se trajo a colación el proveído SL9769 de 2014, que dispuso:

“Así las cosas y reiterando la jurisprudencia de la Corte, se da aplicación al principio de la condición más beneficiosa, por cuanto no es admisible negar la pensión de sobrevivientes por la ausencia de cotizaciones durante la anualidad anterior a la fecha de fallecimiento del afiliado, si durante todo el tiempo de su vinculación al Instituto demandado y antes de entrar en vigencia el nuevo sistema de seguridad social, cumplió con los requisitos establecidos en el A. 049/1990, aprobado por el D. 758 del mismo año, como acontece en el presente asunto.

“Entonces para establecer el monto de la pensión de sobrevivientes se debe acudir al artículo 48 de la L. 100/1993, cuyo inc. 2° establece:

“El monto mensual de la pensión total de sobrevivientes por muerte del afiliado será igual al 45% del ingreso base de liquidación más 2% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas adicionales de cotización a las primeras quinientas (500) semanas de cotización, sin que exceda del 75% del ingreso base de liquidación.

“El Ingreso Base de Liquidación será de acuerdo con el D. 692/1994 art. 46 inc. 2°, que dispone “...el promedio de los salarios o rentas mensuales cotizados durante todo el período de cotización, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, total nacional, según la certificación del DANE.”, por lo que se parte del promedio de los salarios cotizados durante todo el período de cotización.

“Al tomar los salarios devengados por el causante, ya actualizados, arroja la suma de \$309.014,45, por lo que la pensión sería el 45% de ese monto, que arrojaría para el año 1998 una mesada pensional de \$139.056,50, tal y como pasa a explicarse con la liquidación que procede a realizarse a continuación.”.

Así las cosas, como el causante cotizó un total 874,57 semanas (Fl. 18-23), la tasa de remplazo de la pensión de sobrevivientes corresponde al 59%, en aplicación del



inciso segundo del artículo 48 de la Ley 100 de 1993, norma vigente para cuando ocurrió el fallecimiento.

En tal virtud, realizados los cálculos aritméticos de rigor, se constata que la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a partir del 14 de mayo de 1995, en cuantía igual a \$169.704 y por 14 mesadas anuales, como quiera que la presente pensión quedó causada con antelación a la expedición del Acto Legislativo 01 del 2005. Como se puede constatar en el siguiente cuadro:

Cálculo Últimos Diez Años de Vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
1975	287	0,352	26,15	74,217	\$ 6.490,75	\$ 481.720,99	\$ 4.608.464,16
1976	366	0,415	26,15	63,017	\$ 7.158,23	\$ 451.091,81	\$ 5.503.320,11
1977	365	0,522	26,15	50,108	\$ 8.569,01	\$ 429.375,57	\$ 5.224.069,42
1978	365	0,672	26,15	38,930	\$ 11.051,26	\$ 430.229,65	\$ 5.234.460,72
1979	365	0,795	26,15	32,874	\$ 13.722,82	\$ 451.123,37	\$ 5.488.667,62
1980	55	1,024	26,15	25,523	\$ 14.402,84	\$ 367.607,70	\$ 673.947,45
1986	92	3,416	26,15	7,654	\$ 16.811,40	\$ 128.668,65	\$ 394.583,87
1987	365	4,132	26,15	6,328	\$ 20.509,80	\$ 129.788,58	\$ 1.579.094,41
1988	366	5,124	26,15	5,102	\$ 25.637,40	\$ 130.813,18	\$ 1.595.920,83
1989	365	6,566	26,15	3,982	\$ 32.559,60	\$ 129.665,59	\$ 1.577.597,98
1990	365	8,281	26,15	3,158	\$ 41.025,00	\$ 129.538,92	\$ 1.576.056,81
1991	244	10,961	26,15	2,385	\$ 54.630,00	\$ 130.316,93	\$ 1.059.910,99
Total días	3600	Total devengado actualizado a:				1995	\$ 34.516.094,37
Total semanas	514,29	Ingreso Base Liquidación					\$ 287.634,12
Total Años	10,00	Porcentaje aplicado					59%
		Primera mesada					\$ 169.704,13
		Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año 1995					\$ 118.934,00



F. DE LOS INTERESES MORATORIOS

Debe recordarse que, en el presente caso se determinó que la pensión de sobrevivientes se causó aplicando el principio de la condición más beneficiosa, así como en el cambio de postura frente a la sumatoria de tiempos públicos y privados.

Con fundamento en ello, cabe traer a colación lo establecido en la sentencia SL 20003 de 2017, la cual se citará *inextenso* por la pertinencia para el caso en concreto:

*“En lo atinente a los intereses moratorios, frente a los cuales ambas partes manifestaron inconformidad respecto del fallo de primera instancia, la parte demandada a fin que se le absolviera de los mismos y la actora para que se impusieran totalmente, advierte la Sala que los mismos resultan improcedentes, en la medida que **la actuación de la administradora estuvo fundamentada en la norma vigente para el momento del deceso del causante, y la pensión que se reconoce judicialmente se hace con fundamento en el criterio jurisprudencial que ha considerado aplicable el principio de la condición más beneficiosa.***

*“Al referirse a dicho tema la Sala de Casación Laboral ha adoctrinado que los aludidos intereses deben ser impuestos siempre que haya retardo en el pago de mesadas pensionales independientemente de la buena o mala fe en el comportamiento del deudor, o de las circunstancias particulares que hayan rodeado la discusión del derecho pensional en las instancias administrativas. Sin embargo, también ha considerado que **existen casos en que los mismos resultan improcedentes, tal y como cuando las administradoras resuelven no reconocer las prestaciones periódicas a su cargo con fundamento en norma aplicable al caso, y sin poder considerar los alcances o efectos que en un momento dado pueda darle la jurisprudencia.***

“En efecto, en sentencia CSJ SL3087-2014, citada en los fallos CSJ SL16390-2015, CSJ SL12018-2016 y CSJ SL8614-2017 para negar los intereses moratorios cuando la prestación se reconoció bajo la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, la Sala expresó:



“Por el contrario, cuestionó la entidad demandada en la apelación lo atinente a la condena a los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993. Al efecto, cabe aquí el criterio sostenido por la Sala en la sentencia CSJ SL, 6 nov. 2013, rad. 43602, donde dijo textualmente: “En relación con los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la doctrina tradicional de la Corte desde la sentencia de 23 de septiembre de 2002, rad. N° 18512, ha sido que deben ser impuestos siempre que haya retardo en el pago de mesadas pensionales independientemente de la buena o mala fe en el comportamiento del deudor, o de las circunstancias particulares que hayan rodeado la discusión del derecho pensional en las instancias administrativas, en cuanto se trataba simplemente del resarcimiento económico encaminado a aminorar los efectos adversos que producía al acreedor la mora del deudor en el cumplimiento de las obligaciones. Es decir, tenían carácter resarcitorio y no sancionatorio.

“En sentencia de 13 de junio de 2012, rad. N° 42783, la Corte trajo a colación la de 29 de mayo de 2003, rad. N° 18789, donde se asentó esa postura en los siguientes términos:

‘Cierto es que el concepto de buena o mala fe o las circunstancias particulares que hayan conducido a la discusión del derecho pensional no pueden ser considerados para establecer la procedencia de los intereses de mora de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, tal y como reiteradamente lo ha expuesto la jurisprudencia de esta Sala. En efecto, así dijo la Corte en sentencia de 23 de septiembre de 2002 (Radicación 18512)’.

“ La Sala como consecuencia de su nueva integración ha considerado pertinente moderar esta posición jurisprudencial, para aquellos eventos en que las actuaciones de las administradoras de pensiones públicas o privadas, al no reconocer o pagar las prestaciones periódicas a su cargo, encuentren plena justificación bien porque tengan respaldo normativo, ora porque su postura provenga de la aplicación minuciosa de la ley, sin los alcances o efectos que en un momento dado puedan darle los jueces en la función que les es propia de interpretar las normas sociales y ajustarlas a los postulados y objetivos fundamentales de la seguridad social, y que a las entidades que la gestionan no les compete y les es imposible predecir.

“Entiende la Corte que la jurisprudencia en materia de definición de derechos pensionales ha cumplido una función trascendental al interpretar la



normativa a la luz de los principios y objetivos que informan la seguridad social, y que en muchos casos no corresponde con el texto literal del precepto que las administradoras en su momento, al definir las prestaciones reclamadas, debieron aplicar por ser las que en principio regulaban la controversia; en esas condiciones, no resulta razonable imponer el pago de intereses moratorios porque su conducta no estuvo guiada por el capricho o la arbitrariedad, sino por el respeto de una normativa que de manera plausible estimaban regía el derecho en controversia. (Subrayado fuera del texto).

De acuerdo con lo anterior, en el presente asunto resultaba improcedente la condena por intereses moratorios, puesto que la pensión se concedió con fundamento en la aplicación del principio de la condición más beneficiosa y, además, porque la entidad actuó con el convencimiento que Zapata Correa no había acreditado los requisitos que exigía la norma vigente al momento del deceso, es decir, la Ley 100 de 1993; luego, en principio, su accionar estuvo amparado bajo tal disposición. (Resalta la Sala).

Posición que ha sido reiterada, entre otras en la sentencia SL4064-2019. Así las cosas, se tiene que en el presente caso, la actuación de la administradora estuvo fundamentada en la norma vigente para el momento del deceso del causante, mayo de 1995, cuando aún no se habían realizado las interpretaciones jurídicas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, de la norma que regulaba la materia, y solo ahora se tiene que la pensión que se reconoce judicialmente se hace con fundamento en el criterio jurisprudencial que ha considerado aplicable el principio de la condición más beneficiosa, motivo por el que resulta justificable el actuar de la entidad accionada, y no procedentes los intereses moratorios reclamados.

En estos términos, la decisión del *a quo*, resulta acertada y debe ser confirmada y, en consecuencia, no procede la alzada.

G. DE LA PRESCRIPCIÓN



Como quiera que la convocada a juicio propuso la excepción de prescripción, se impone el estudio de la misma, por parte de esta Sala y para tales efectos, habrá de tenerse en cuenta que por regla general en material laboral el fenómeno de la prescripción opera de forma trienal, acorde lo prevé el artículo 151 del C.P.T y la S.S. Misma que solo puede ser interrumpida por una única vez mediante la presentación de la respectiva reclamación administrativa.

Siendo así, teniendo en cuenta que en el *sub lite* el causante falleció el 14 de mayo de 1995 (Fl 14), y la demandante tan solo hasta el 2 de mayo del 2016 radicó la respectiva reclamación administrativa, la cual fue desatada desfavorablemente mediante la Resolución GNR 225516 del 1° de agosto del 2016 (Fls.29-30), contra la cual interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación el 24 de agosto del 2016 (Fls 31-37), el cual fue desatado con la Resolución No VPB 5343 del 8 de febrero del 2017 (fls 39-42). No cabe duda que aunque la demanda fue radicada el 18 de octubre del 2018 (Fl 49), para la data de presentación de la reclamación administrativa ya había transcurrido el término trienal, por lo que se encuentran prescritas todas las mesadas pensionales causadas con antelación al 2 de mayo del 2013.

Corolario de lo enunciado en líneas precedentes, habrá de revocarse la sentencia emitida en primera instancia, para en su lugar condenar a la pasiva al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes anhelada a partir del 14 de mayo de 1995, declarando prescritas las mesadas pensionales causadas con antelación al 2 de mayo del 2013, anualidad para la cual el monto de la mesada pensional asciende a \$725.565.



Por manera que la encartada a por concepto de retroactivo pensional desde el 2 de mayo del 2013 hasta el 30 de enero del 2021, debe cancelar la sumad de \$91.508.333.

Año	IPC	Mesada	Salario Mínimo	No Mesadas	Total
2013	1,94%	\$ 725.565	\$ 589.500	9,255556	\$ 6.715.507
2014	3,66%	\$ 739.641	\$ 616.000	14	\$ 10.354.973
2015	6,77%	\$ 766.712	\$ 644.350	14	\$ 10.733.965
2016	5,75%	\$ 818.618	\$ 689.454	14	\$ 11.460.655
2017	4,09%	\$ 865.689	\$ 737.717	14	\$ 12.119.643
2018	3,18%	\$ 901.095	\$ 781.242	14	\$ 12.615.336
2019	3,80%	\$ 929.750	\$ 828.116	14	\$ 13.016.504
2020	1,61%	\$ 965.081	\$ 877.803	14	\$ 13.511.131
2021		\$ 980.619	\$ 908.526	1	\$ 980.619
TOTAL					\$ 91.508.333

SIN COSTAS en esta instancia por cuanto no se causaron. Las de primera a cargo de la parte demanda.

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 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá el 15 de julio del 2020, para en su lugar, condenar a Colpensiones a reconocer y pagar a la señora *Ana Cecilia González de Vásquez* la pensión de



sobrevivientes reclamada desde el 14 de mayo de 1995, en cuantía igual a \$169.704,13 y por 14 mensualidades al año.

SEGUNDO: DECLARAR parcialmente probada la excepción de prescripción frente a las mesadas pensionales causadas con antelación al 2 de mayo del 2013, precisando que para dicha anualidad el monto de la mesada pensional asciende a \$725.565.

TERCERO: CONDENAR a la demandada a reconocer y pagar a la demandante a título de retroactivo pensional del 2 de mayo del 2013 al 30 de enero del 2021.

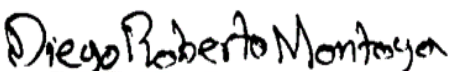
CUARTO: AUTORIZAR el descuento del retroactivo los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia por cuanto no se causaron. Las de primera a cargo de la parte demandada.

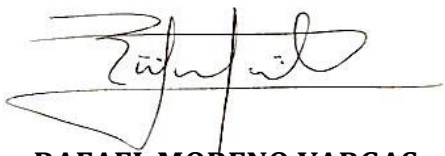
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado