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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **XENIA ROCÍA TRUJILLO HERNÁNDEZ** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES,** y **PORVENIR S.A.**

EXP. 11001 31 05 **017 2019 00544** 01 del Juzgado 2.° Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá.

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.° 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, respecto de la sentencia proferida el 14 de mayo de 2021, por el Juzgado 2.° Laboral Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declare la nulidad de la afiliación realizada el 8 de octubre de 2000 a PORVENIR S.A., y por ende, que se encuentra válida y vigente su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida; en consecuencia, se ordene a PORVENIR S.A., liberar de sus bases de datos a su nombre y devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de dicha afiliación, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con sus frutos, intereses, rendimientos de conformidad con el artículo 1746 del Código Civil; a su vez, se ordene a COLPENSIONES que la reciba nuevamente como afiliada cotizante (f.° 5).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 10 de agosto de 1960; realizó aportes tanto en CAJANAL como en el extinto I.S.S., entre el 10 de febrero de 1986 y el 8 de octubre de 2000, momento en el que fue visitada por los asesores de PORVENIR S.A., quienes le informaron que sus aportes estaban en riesgo dado que las entidades en las que había realizado aportes se iban a liquidar, así que le ofrecieron que podía pensionarse a más temprana edad y que el monto de su pensión sería más alto que la que le otorgaría eventualmente el I.S.S.; sin embargo, PORVENIR S.A., no le realizó proyección alguna o comparativo de su pensión entre los distintos regímenes, ni le indicó el monto de capital requerido para obtener una pensión en renta vitalicia o en retiro programado, ni cuál era el necesario para que sus beneficiarios pudieran heredar.

Señaló, que los asesores le indicaron que si al llegar a la edad de pensionarse y no quería hacerlo, podía retirar su dinero sin ningún

inconveniente de su cuenta de ahorro individual, sin indicarle cuáles eran las consecuencias de su traslado, ni que podía reintegrarse al régimen de prima media con prestación definida antes de cumplir 47 años de edad, como si lo hizo con otros afiliados, por lo que considera que no se le brindó una información clara, precisa y suficiente que le hubiera permitido tomar la mejor decisión respecto de su perspectiva pensional.

Agregó, que a 21 de junio de 2019, cuenta con 1422 semanas cotizadas en toda su vida laboral, traducidas en $492.072.656 de capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, lo que según PORVENIR S.A., le permite recibir una pensión de $1.944.900 a los 58 años de edad, mientras que si se hubiera pensionado con COLPENSIONES, su mesada sería de $14.007.955; así que, solicitó la nulidad de traslado tanto ante Porvenir como ante COLPENSIONES, quienes negaron las solicitudes el 21 de junio y el 30 de julio de 2019, respectivamente (f.° 3-5).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Previa subsanación la demanda se admitió por parte del Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 30 de septiembre de 2019, quien ordenó su notificación y traslado a las demandadas (f.° 105).

COLPENSIONES, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones y en su defensa propuso como excepciones las de inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, buena fe, improcedencia jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público (f.° 112-130).

PORVENIR S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones y en su defensa propuso como excepciones de mérito las de prescripción, falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo y enriquecimiento sin causa (f.° 158-181).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.° 106, vto).

En cumplimiento de lo dispuesto en el Acuerdo PCSJA21-11766 de 2021, la Circular DESAJBOC21-20 y el oficio CSJBTO21-3181 de los Consejos Superior y Seccional de la Judicatura, el proceso se remitió al Juzgado 2.° Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá D.C., quien avocó conocimiento del mismo el 6 de mayo de 2021 (f.° 255).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 2.° Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 14 de mayo de 2021, declaró ineficaz el traslado de la demandante del R.P.M.P.D. al R.A.I.S. a través de HORIZONTE S.A., hoy PORVENIR S.A., realizado el 8 de octubre de 2000, con efectividad a 1.° de noviembre de 2000, y por ende, que las cosas se deben retrotraer al estado anterior a dicho acto, con los efectos jurídicos y económicos que comporten; en consecuencia, ordenó a PORVENIR S.A., devolver y trasladar a COLPENSIONES, la totalidad de los valores recibidos de los empleadores de la demandante, por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales, y demás sumas que se encuentren o no en la cuenta de ahorro individual de ella, si descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, ni aportes al fondo de garantía de pensión mínima, o cualquier otra causa.

Así mismo, condenó a COLPENSIONES a reactivar de manera inmediata la afiliación de la demandante en el R.P.M.P.D., sin solución de continuidad, y reconstruir su historia laboral, con la totalidad de las semanas de cotización acreditadas desde la fecha de la afiliación inicial; absolvió de lo demás; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas (f.° 275-277).

IV.RECURSOS DE APELACIÓN

Las demandadas apelaron así:

COLPENSIONES, apeló con el argumento de que la demandante se vinculó de manera voluntaria a PORVENIR S.A., y permaneció de la misma forma en dicho régimen hasta el año 2019, cuando presentó su inconformidad frente al mismo, por lo que la afiliación tiene plena validez conforme el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, y por lo mismo, se debe tener en cuenta la prohibición que allí se establece en relación con el traslado entre regímenes para personas que se encuentren a 10 año o menos de cumplir los requisitos para pensionarse.

Agregó, que tampoco resulta viable el traslado de la demandante, porque no se puede beneficiar de los recursos ahorrados de manera obligatoria por otros afiliados al R.P.M.P.D., pues de ser así se descapitalizaría el sistema, por ende, se deben atender unos criterios de sostenibilidad financiera y expectativas pensionales en desarrollo de las normas esenciales del estado. Además, en este caso, no es posible retrotraer las cosas a su estado anterior, por cuanto que la demandante ya adquirió el estatus de pensionada, en la medida en que PORVENIR S.A., le indicó que ya podía recibir su pensión de vejez en cuantía mensual de $1.500.000 y que al llegar a los 60 años de edad, podría ser de $2.000.000, por lo que ya presentó una situación jurídica consolidada y un hecho

consumado en el RAIS.

PORVENIR S.A., sostuvo, que se acreditó que sí se le indicaron en forma verbal, clara y veraz a la demandante los beneficios del R.A.I.S., como lo sostuvo en el interrogatorio de parte; en todo caso, solo con la expedición de los Decretos 2555 de 2010 y 2071 de 2015, y la Ley 1748 de 2015, adquirió la obligación de brindar asesoría e información, tanto para los afiliados como para el público en general. Agregó, que el hecho de que la demandante radique su inconformidad solo en el valor de su pesada pensional que percibiría en el R.A.I.S., no genera perjuicio alguno, porque se le garantiza su acceso a la seguridad social.

Solicitó, que en caso de confirmarse la sentencia, sea exonerada de devolver los gastos de administración, bonos, primas de seguros provisionales, por cuanto dichos gastos tienen una destinación legal especifica, como en el presente caso, pues tales dineros fueron invertidos en correcta administración de los recursos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, por ende, no se encuentran en su poder, de ahí que hubieran tenido rendimientos, aunado a que las sumas de los seguros se encuentran en poder de las compañías aseguradoras respectivas, por lo que no es viable restituir las sumas de dinero en su totalidad, sino solo como se establece en el articulo 7.° del Decreto 3995 de 2008, como lo ha establecido la Superintendencia Financiera en el concepto n.° 20191521690030000 del 15 de enero de 2020.

V.ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, atendiendo la nueva conformación de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, procedió a apartarse del

criterio que venía exponiendo en precedencia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

Lo anterior, atendiendo lo expuesto en las sentencias de tutela n.° CSJ STL, 13 de may. 2020 rad. 59412 y CSJ STL3716-2020, así como también, a la postura del Honorable Magistrado, Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia CSJ STL8125-2020, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, en virtud de los cuales he venido acatando la orden allí impartida, y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar la procedencia de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de la aquí demandante, por falta de información suficiente por parte de las administradoras demandadas. Así como también, si hay lugar o no, a la devolución de los rendimientos, gastos de administración y demás sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual a COLPENSIONES.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: ***i)*** la demandante nació el 10 de agosto de 1960 (f.° 28, 29); ***ii)*** prestó servicios como Juez, a la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Bogotá y Cundinamarca, en forma interrumpida entre el 26 de diciembre de 1989 y el 30 de septiembre de 2007, desde el 1.° de marzo de 2010 hasta el 25 de mayo de 2015, tiempos para los cuales cotizó inicialmente a la extinta CAJANAL

E.I.C.E. hasta el 30 de noviembre de 2000 (f.° 55-93); ***iii)*** que el 8 de octubre de 2000, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. HORIZONTE S.A., hoy PORVENIR S.A., con fecha de efectividad desde 1.° de diciembre de 2000 (f.° 183, 227), donde actualmente se encuentra vinculada, con un total de 1422 semanas cotizadas, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa de f.° 45 a 25, 185 a 222 y la certificación de f.° 184.

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

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

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

El inciso 1.° del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladaran del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, que deberían entregar una comunicación escrita, donde constara que

la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, y el inciso 7.° del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera 'preimpresa' en el formulario de vinculación, de que la decisión que está tomando el afiliado es libre, espontánea y sin presiones, norma esta, que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

Así las cosas, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Al respecto, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008 rad. 31989 reiterada en la CSJ SL, 6 dic. 2011 rad. 31314, dijo:

> *"Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.*
>
> *Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.*
>
> *La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.*
>
> *La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
>
> *Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

Estos criterios, fueron expuestos en la mentada sentencia de tutela CSJ STL8125-2020, M.P. Doctor Omar Ángel Mejía Amador, la cual, como en precedencia se dijo, llevó a cambiar el criterio que venía sosteniendo el suscrito frente al tema de las nulidades e ineficacias de traslado de régimen pensional.

En dicha acción constitucional, se adujo:

> *"En este fallo (CSJ SL4426-2019), la Sala precisó que, tratándose de procesos de ineficacia de traslado de régimen pensional, es a la administradora de fondos a la que incumbe demostrar que ha cumplido con sus afiliados el deber de información antes aludido, el cual comprende una descripción de las características de cada uno de los regímenes pensionales en un lenguaje comprensible y de fácil acceso para el afiliado."*

Así las cosas, conforme la jurisprudencia en cita, al alegarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al fondo de pensiones, sin que haga alguna diferencia si la afiliada era o no beneficiaria del régimen de transición, o tenía una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, la demandante, el 8 de octubre de 2000, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A., conforme el formulario de afiliación y traslado allegado al proceso, visible a folio 227, el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

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

Y en la acción de tutela, arriba citada, la cual llevó a cambiar el criterio de este Magistrado Sustanciador, se dijo:

"La Sala de Casación Laboral de esta Corte ha establecido que de la simple suscripción del formulario de afiliación no puede deducirse el cumplimiento del deber de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, de conformidad con lo previsto en el artículo 97 del Decreto 633 de 1993, contentivo del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Precisamente, en la sentencia CSJ SL4426-2019, expresó:

De otra, porque la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (…)"[1]

Ahora bien, en lo que respecta a la falta de vicios en el consentimiento en el negocio celebrado entre la actora y el fondo de pensiones, es menester precisar que:

"la reacción el ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/ 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, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

Por lo expuesto, 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.

(…) Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la

[1] CSJ STL8125-2020.

ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos."[2]

Posición esta, que fue replicada en la pluricitada sentencia de tutela CSJ STL8125-2020, con lo que no es posible aplicar dicho argumento, así como tampoco aquel referente a la ratificación del acto por traslado entre administradoras de fondos de pensiones.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de las A.F.P. accionadas que hubiesen suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Ahora bien, debe anotarse, frente a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual del actor, entre ellos, cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, debe decirse, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL1421-2019, 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."

Así mismo, en sentencia CSJ SL638-2020, indicó:

"Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la

[2] CSJ SL1688-2019, SL, 8 may. 2019 rad. 68838.

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 ello, al tenerse como nunca realizado el traslado, debe la demandada Porvenir S.A. devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, entre ellos, cotizaciones, rendimientos y gastos de administración, pues dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social.

Respecto de la excepción de prescripción, la mentada Colegiatura ha dicho que la acción de ineficacia de traslado pensión 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"*[3], por lo que resulta acertada la decisión del juzgador de primera instancia.

Por todo lo anteriormente expuesto, las anteriores consideraciones a juicio de la Sala resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la demandante el 8 de octubre de 2000, cuando se trasladó del régimen de prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (f.° 227), por lo que, PORVENIR S.A., administradora a la cual se encuentra actualmente afiliada, deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los aportes, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración que posea la demandante en su cuenta. En consecuencia, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia.

---

[3] CSJ SL1688-2019.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

RESUELVE:

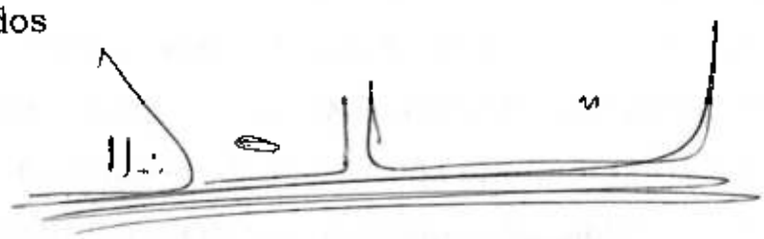
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 14 de mayo de 2021, por el Juzgado 2.° Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados



DAVID A. J. CORREA STEER

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **CLAUDIA MARCELA TORRES** contra **EXPRESOS Y SERVICIOS S.A.S.**

EXP. 11001 31 05 **004 2019 00096 01**

Bogotá D.C., treinta (30) de julio dos mil veintiuno (2021).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.° 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra la sentencia proferida el 23 de noviembre de 2020, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declare que existió un contrato de trabajo entre el 5 de enero de 2015 y el 24 de noviembre de 2017, que se declare que su salario promedio devengado fue de $737.000, así como también, la liquidación de prestaciones sociales desde la fecha de inicio de sus labores y que tiene derecho a la reliquidación de las mismas.

Solicitó, que se condene a la demandada al pago de cesantías, intereses a las cesantías, pago de la sanción por no consignación de las cesantías, pago de prima de servicios, vacaciones, sanción por el no pago de la liquidación de que trata el artículo 65 Código Sustantivo del Trabajo, al pago de los intereses corrientes sobre las sumas que resulten en la condena, al igual que el pago de intereses moratorios, y la indexación de las sumas adeudadas (folio 4-5).

Como sustento de sus pretensiones, declaró que sostuvo un contrato verbal con la empresa EXPRESOS Y SERVICIOS S.A.S., desde el 5 de enero de 2015, que su cargo era el de asistente de coordinación Expresser, con un salario de $400.000, y un horario de trabajo de 4:00 am a 11:00pm, en el cual desempeñaba labores como organizadora de trazo del mapa de rutas, organización del sistema de gestión de calidad, sistema maestro para la distribución de estudiantes por sector, conseguir los vehículos, cobro y manejo de caja menor, y demás instrucciones del señor Oscar Monroy y Karen Chávez Pérez.

Anudado a lo anterior, manifestó que la demandada solo le reconoció una ayuda por un valor de $200.000, sin descontar la

seguridad social; que su esposo el Señor Omar Enrique Payares Villegas, trabajador de la empresa, si le descontaban la seguridad social debido a un acuerdo de no descontarle estos pagos a la demandante.

Manifestó, que los uniformes y equipos de comunicación eran suministrados por la empresa, pero que estos eran descontados de su sueldo, y que a la fecha no se le ha reconocido el pago de sus prestaciones sociales (folio 5-6).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda fue admitida el 4 de marzo de 2019, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (f.°101), quien contestó con oposición, bajo el argumento de que no existió un contrato de naturaleza laboral, que la única relación que existió fue relacionada a un contrato de prestación de servicios; propuso como excepciones previas la de no comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios, y de mérito, las de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, y prescripción (f.° 121-126).

En auto de fecha 15 de noviembre de 2019, fue vinculado como litisconsorte necesario al señor Omar Enrique Payares Villegas, el cual contestó bajo los argumentos de que se abstiene y se pruebe la relación laboral entre las partes, propuso como excepciones previas el artículo 53 de la Constitución política, en tratándose de la primacía de la realidad en el contrato de trabajo, y como excepciones de mérito, las de inexistencia para comprender en la demanda para conformar el litisconsorcio necesario, inexistencia de alguna obligación frente al litisconsorte, inexistencia del cobro de lo debido frente al

litisconsorte, y presentar prueba de la calidad de cónyuge o compañero permanente y en general de la calidad en que actúen el demandante o se cite al demandado (f.° 180-184).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 4.° Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 23 de noviembre de 2020, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación, absolvió a la demandada e impuso costas a cargo de la empresa Expresos y servicios Expreser S.A.S.

Consideró, que el problema jurídico a resolver consistía si entre las partes existió un contrato a término indefinido, este señaló que no se cumplieron los 3 elementos esenciales del artículo 23 del C.S.T., por lo cual, el contrato de la demandante era de otra naturaleza, ya que esta prestaba servicios poniendo a disposición su vehículo, por lo cual se declaró probada la inexistencia de la obligación.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte demandante, apeló en lo referente a la fijación del litigio, precisando que no se hizo una aclaración sobre los hechos de la demanda en la fijación del litigio, en torno al contrato de trabajo y sus elementos esenciales; así mismo, manifestó su inconformidad con la idoneidad de los testigos presentados por el litisconsorte necesario Señor Omar Payares.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66A del

Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, esta Sala de decisión entrará a verificar como problema jurídico, si hay lugar a declarar o no, la existencia de la relación laboral que alega la demandante CLAUDIA MARCELA TORRES con la entidad demandada EXPRESOS Y SERVICIOS S.A.S., y la correspondiente condena por las pretensiones incoadas en la presente demanda ordinaria laboral, de conformidad con todas y cada una de las pruebas aportadas.

Sea lo primero precisar, que el artículo 22 del Código Sustantivo del Trabajo, define el contrato de trabajo como aquél 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 una remuneración.

Igualmente, el artículo 23 consagra como elementos esenciales de un contrato de trabajo: **a)** La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo; **b)** La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato; y **c)** Un salario como retribución del servicio.

Por su parte, teniéndose en cuenta la presunción legal prevista en el artículo 24 ibídem, modificado por el artículo 2.° de la Ley 50 de 1990, respecto a que toda relación de trabajo personal se encuentra regida por un contrato de trabajo, correspondiéndole simplemente a quien alega su existencia, acreditar la prestación del servicio personal y, quien resiste la

pretensión, debe derruir la presunción, desvirtuando la existencia de los demás elementos esenciales del contrato de trabajo, y acreditando los elementos de una relación de naturaleza jurídica distinta (CSJ SL10546-2014, SL10118-2015, y SL1420-2018).

Al regresar al caso en concreto, verificadas las pruebas documentales aportadas por las partes dentro del plenario; se logra evidenciar que en efecto, si existió un contrato pero de prestación de servicios (folios 137-148), y no como lo pretende la actora en su demanda, la cual no demostró ese vínculo contractual, y para ello, se debían demostrar los elementos esenciales anteriormente relacionados en los artículos arriba mencionados.

De igual forma, se escucharon las diligencias rendidas en primera instancia, tales como los testimonios de los cuales son materia de apelación, el de la señora Karen Chávez, la cual manifiesta que a la demandante se le realizó un contrato de prestación de servicios, por suscribir su vehículo a la sociedad demandada, adujo que el conductor era el señor Omar Payares esposo de la recurrente, y que únicamente actuaba como auxiliar de ruta para el vehículo el cual manejaba su cónyuge, y que la demandante no tenía relación con otros vehículos adscritos a la sociedad. Adicional a ello, aduce que la demandada no suscribe contratos de tipo verbal con sus empleados.

También se avizora, del testimonio rendido por la Señora Darly Patricia Caicedo, donde manifestó que los vehículos adscritos a la sociedad debían tener su conductor y su monitor, de los cuales la demandante era la que hacia esa labor de monitora, pero en su vehículo. Por su parte, la Señora Carolina

Baquero, sostiene lo que se ha dicho anteriormente, que la demandante sostenía era un contrato de prestación de servicios que brindaba en su vehículo con su esposo, el cual si tenía un contrato firmado con la empresa demandada.

En conclusión, para esta sala dichos testimonios fueron claros y congruentes, los cuales tienen toda la credibilidad, no fueron objeto de tacha de falsedad por las partes en conflicto, y conforme con lo dicho, se **confirmará** la sentencia apelada.

Sin costas en la instancia, ante su no causación.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, proferida por el Juzgado 04 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 23 de noviembre de 2020, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

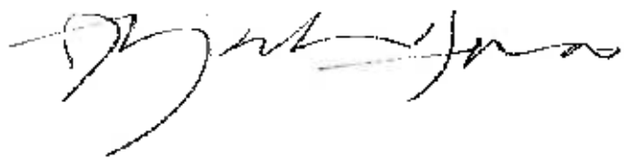
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,

DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **MARÍA GRACIELA ALZATE DE ZULUAGA** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.**

EXP. 11001 31 05 **011 2017 00171** 01

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.° 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandante y la parte demandada-Colpensiones, y surtir el grado jurisdiccional de consulta a favor de dicha entidad, respecto de la sentencia proferida el 8 de octubre de 2020, por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declarara que tiene derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en calidad de cónyuge supérstite del señor Julio César Zuluaga Giraldo, con su correspondiente retroactivo y conforme al principio de la condición más beneficiosa.

Consecuencialmente, que se condenara a Colpensiones a reconocerle y pagarle la pensión de sobrevivientes; el retroactivo pensional a partir del 21 de octubre de 2001; los intereses moratorios; las mesadas dejadas de percibir debidamente indexadas, de acuerdo con el I.P.C. certificado por el DANE; lo que resultare probado ultra y extra petita, y las costas del proceso.

Para el efecto, manifestó que el señor Julio Cesar Zuluaga Giraldo, falleció el día 21 de octubre de 2001; que contrajo matrimonio con el señor Zuluaga, el día 31 de octubre de 1972; que a partir de dicha data convivieron de forma ininterrumpida durante 29 años; que producto de dicha relación nació Edisson Edilberto Zuluaga Álzate; que el señor Zuluaga cotizó al extinto I.S.S., un total de 445.14 semanas, y para el 1.° de abril de 1994 alcanzó 354.28 semanas; que el 8 de noviembre de 2013, solicitó a la demandada el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes; que mediante Resolución n.° GNR 198525 de 3 de junio de 2014, la demandada negó la pensión, por no allegar las declaraciones extrajuicio, y que dicha decisión fue confirmada mediante Resolución n.° GNR 299490 de 27 de agosto de 2020.

Agregó, que mediante Resolución n.° GNR 142288 de 21 de mayo de 2015, la demandada le negó nuevamente la pensión, debido

a que en la investigación administrativa n.° 9879 de 20 de mayo de 2015, se determinó que no existió convivencia alguna entre ella, y el causante por 5 años de manera constante e ininterrumpida, y por motivo de que las declaraciones extra juicio no daban cuenta de los extremos temporales de la convivencia.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 5 de abril de 2017, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (Expediente virtual, f.° 48).

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la actora. Adujo, que mediante informe investigativo n.° 9879 de 20 de mayo de 2015, se concluyó que no existió convivencia alguna como cónyuges, entre ella y el señor Julio Cesar Giraldo (Causante), durante los 5 años anteriores al fallecimiento de éste de forma constante e ininterrumpida; aunado a que las declaraciones exrtrajuicio presentadas por la demandante, no tenían la credibilidad requerida para el reconocimiento pensional.

Propuso las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, no configuración del derecho al pago del I.P.C. ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni de indemnización moratoria, y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público (f.° 50 - 60).

LA AGENCIA NACIONAL JURÍDICA DEL ESTADO, guardó silencio (f.° 68).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia de 8 de octubre de 2020, declaró que al afiliado al causante Julio César Zuluaga Giraldo, le es aplicable el principio de la condición más beneficiosa para que su derecho pensional sea resuelto bajo el amparo del Acuerdo n.° 049 de 1990; que la actora, en calidad de cónyuge supérstite del causante Julio Cesar Zuluaga, tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en cuantía equivalente al S.M.M.L.V de cada anualidad, a partir del 21 de octubre de 2001, a razón de 14 mensualidades anuales y de conformidad con los argumentos esbozados en la parte motiva de éste proveído; condenó a Colpensiones a reconocer y pagar a la demandante el retroactivo pensional que asciende a la suma de $93.649.550 debidamente indexado a la fecha del pago causado entre el 8 de noviembre de 2010, y a la fecha de promulgación de la sentencia; autorizó a Colpensiones a descontar del retroactivo los aportes al Sistema de Seguridad Social, declaró parcialmente probada la excepción de prescripción respecto de todas y cada una de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 8 de noviembre de 2010; absolvió a la entidad demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra, y condenó en costas a Colpensiones.

Consideró que el problema jurídico a resolver, consistía en determinar si a la demandante le asistía el derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes con ocasión al deceso del señor Julio Cesar Giraldo, y establecer si había lugar al reconocimiento y pago del retroactivo, a partir del 21 de octubre de 2001, junto con los intereses moratorios e indexación.

Señaló, que conforme al criterio jurisprudencial adoptado por

nuestro órgano de cierre, para determinar la norma aplicable al caso debía tenerse en cuenta la fecha del deceso del causante (21 de octubre de 2001), por lo que en principio la solicitud de pensión de sobrevivientes debía estudiarse bajo el amparo de la Ley 100 de 1993, sin ninguna modificación, por cuanto ésta se dio solo hasta el año 2003 con la expedición de la Ley 797 de esa anualidad.

Esgrimió, que en el presente caso era procedente aplicar el principio de la condición más beneficiosa, y estudiar la solicitud de la pensión deprecada por la actora, a la luz de lo dispuesto en el literal b) del artículo 6.° del Acuerdo n.° 049 de 1990, y el artículo 25 de la misma norma.

Finalmente, concluyó, que la demandante si es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, a partir del 21 de octubre de 2001, fecha en la cual falleció el señor Julio César Zuluaga Giraldo, por cuanto acreditó la condición de cónyuge, y no estaba inmersa en alguna de las dos hipótesis previstas en el artículo 30 *idem*, que se refiere a la pérdida y extinción del derecho a la pensión de sobrevivientes.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

LA PARTE DEMANDANTE, interpuso recurso de apelación, respecto del numeral 3.° de la sentencia de primera instancia.

Manifestó, que el *a quo* debió reconocer los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Arguyó, que la entidad actuó de mala fe por cuanto al pronunciarse sobre la reclamación de la pensión de sobrevivientes solicitada por la actora, hizo el estudio de dicha prestación a la luz de lo previsto en la Ley 100 de 1993, cuando era claro que al causante

le era aplicable el principio de la condición más beneficiosa, por lo que el estudio debió hacerse bajo el amparo del Acuerdo n.° 049 de 1990.

Señaló, que conforme a la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, los intereses moratorios también son aplicables a las pensiones reconocidas en el Acuerdo n.° 049 de 1990, pues no existe justificación objetiva y razonable para dar un trato favorable a unos pensionados en detrimento de otros que se encuentran en las mismas circunstancias por la mora en el pago de su mesada pensional.

LA PARTE DEMANDADA, interpuso recurso de apelación para que fuera revocada la sentencia en su totalidad.

Esgrimió, que la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que la norma aplicable para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes es la vigente al momento del deceso del causante, por lo que en el presente caso debía tenerse en cuenta lo establecido en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 para evaluar su procedencia.

Indicó, que la actora no logró acreditar que haya existido convivencia alguna con el señor Julio Cesar Zuluaga durante los 5 años anteriores al fallecimiento de éste, de manera constante e ininterrumpida, como se concluyó en la investigación administrativa n.° 9879 de 20 de mayo de 2015.

Agregó, que con el material probatorio tampoco logró acreditarse la convivencia, y que la actora fue renuente en sus respuestas pues se limitó a indicar que le constaba únicamente le convenía.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, verificar lo siguiente: ***i)*** si el fallecido Julio César Zuluaga Giraldo, dejó causado la pensión de sobrevivientes en favor de la demandante, y si para tal efecto, se debe dar aplicación al principio de la condición más beneficiosa, ***ii)*** y si es procedente el reconocimiento de los intereses moratorios establecidos en el articulo 141 de la Ley 100 de 1993.

DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES - PRINCIPIO DE LA CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA

Observa la sala, que la norma aplicable al caso para resolver la controversia, en principio, es la vigente para el 21 de octubre de 2001, fecha de la muerte del causante (f.° 20), esto es, el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, el cual dispone que la pensión de sobrevivientes la deja causada el afiliado fallecido, que hubiere efectuado aportes durante por lo menos 26 semanas al momento de la muerte, y 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 produjo la muerte.

Conforme al criterio jurisprudencial adoptado por nuestro órgano de cierre, para hacer efectivo el principio de la condición más beneficiosa el causante debió haber reunido, al momento de entrar a regir el sistema de la Ley 100 de 1993, una de las condiciones exigidas por los articulos 6.° y 25 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, es decir, las requeridas por el régimen inmediatamente anterior a la citada ley, que son las siguientes: ***i)*** que al momento de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, hubiere

cotizado al menos 300 semanas en cualquier tiempo; o ***ii)*** haber cotizado al menos 150 semanas dentro de los 6 años anteriores a la fecha del fallecimiento, e igual número a la entrada en vigencia de la citada ley (CSJ SL, 17 abr. 2013, rad. 47174, SL-4064 de 2019 y SL-1663 de 2021).

En el presente caso, se tiene que, de acuerdo con la historia laboral de causante, entre el 1.° de julio de 1976 y el 1.° de abril de 1994 (f.° 32 - 34), cotizó un total de 486,89 semanas, lo que significa que sobrepasó las 300 semanas exigidas en cualquier tiempo por el Acuerdo n.° 049 de 1990, por lo que como bien lo adujo el *a quo*, le es aplicable el principio de la condición más beneficiosa.

Ahora bien, manifiesta Colpensiones que con las pruebas arrimadas al proceso no logró acreditarse que entre la demandante y el señor Julio Cesar Zuluaga Giraldo, haya existido convivencia alguna dentro de los 5 años anteriores a su deceso, como quiera que en el Informe Investigativo n.° 9879 de 20 de mayo de 2015, se concluyó que no logró acreditarse la convivencia mínima señalada, con los elementos de juicio allegados a la referida investigación.

Es preciso señalar, que el requisito al que hace mención la entidad demandada corresponde al establecido en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993; no obstante, como en el presente caso es aplicable el principio de la condición más beneficiosa, para determinar si a la actora le asiste el derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, debe evaluarse si no incurrió en la causal prevista en el numeral 1.° del artículo 30 del Acuerdo n.° 049 de 1990, esto es, que ella, en su calidad de cónyuge sobreviviente, al momento del deceso del causante, no estuviere haciendo vida en común con éste.

Por lo anterior, debe tenerse en cuenta que si bien el Informe Investigativo n.° 9879 de 20 de mayo de 2015, podría ser pertinente e idóneo para determinar si al momento del deceso del señor Julio Cesar Zuluaga Giraldo, la actora estaba haciendo o no, vida en común con el causante, el mismo no fue aportado al proceso ni se encuentra dentro del expediente administrativo allegado por Colpensiones, por lo que al no ser posible para esta sala evaluar los elementos de juicio que tuvo en cuenta la entidad para determinar que la actora no acreditó el requisito de la convivencia, debemos remitirnos a los testimonios rendidos por la señora María Consuelo Álzate, y el señor Jhon Jairo Álzate, hermana y sobrino de la actora respectivamente.

A juicio de ésta sala, con dichos testimonios logró acreditarse que al momento del deceso del causante, la demandante convivía con él, pues la testigo María Consuelo Álzate, indicó que en ningún momento se separaron, tuvieron un hijo, y convivieron aproximadamente por 28 años, tiempo éste que coincide con el momento en que contrajeron nupcias, esto es, el 31 de octubre de 1972, y la data en que el causante falleció (1.° de octubre de 2001), mientras que el testigo Jhon Jairo Álzate manifestó que siempre convivieron juntos, y que no tenía conocimiento alguno de que se hayan separado en algún momento.

Es claro entonces, que la actora tiene derecho al reconocimiento de la prestación deprecada, a partir del 21 de octubre de 2001, fecha del deceso del causante, debiéndose **confirmar** sobre este punto la sentencia de primera instancia.

No obstante, hay lugar a declarar la excepción de prescripción de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 8 de noviembre de 2010, por cuanto la actora solicitó el reconocimiento de

la pensión de sobrevivientes el 8 de noviembre de 2013 (f.° 38), tal como se dispuso en primera instancia.

De otra parte, al efectuar las operaciones matemáticas del caso, de conformidad con las liquidaciones que se anexan a la presente providencia para efectos ilustrativos de las partes y apoderados, revisado el retroactivo calculado por el Juzgado entre el 8 de noviembre de 2019, y el 8 de octubre de 2020, encontró la sala un valor de $93.649.550, igual al decretado en primera instancia, por lo que sobre este punto también habrá de **confirmarse** la sentencia apelada y consultada.

DE LOS INTERESES MORATORIOS

En relación con los intereses moratorios previstos por el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, debe decirse que nuestro órgano de cierre tiene adoctrinado que dichos réditos no son procedentes cuando la negativa de la entidad a otorgar la pensión deriva de la aplicación de la norma vigente o cuando la condena surge de un cambio jurisprudencial.

Dado que la abstención de Colpensiones a reconocer la pensión, en el caso particular, obedeció al incumplimiento de uno de los requisitos previstos en la Ley vigente al momento del deceso del demandante -Ley 100 de 1993-, no hay lugar a condenar a la demandada al pago de los intereses moratorios, pues en su lugar procede la obligación de indexar las mesadas pensionales adeudadas desde la fecha de exigibilidad hasta la de pago, como lo dispuso el juez de instancia, por lo que sobre este punto también habrá de **confirmarse** la sentencia apelada y consultada.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión 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,

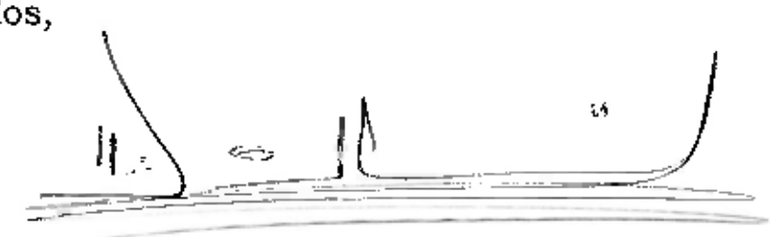
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 8 de octubre de 2020, por el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo considerado en la parte motiva de esta providencia.

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

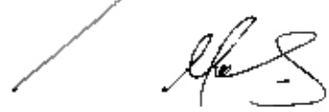
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **PEDRO ELÍAS CAMARGO VARGAS** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.**

EXP. 11001 31 05 **012 2019 00136** 01.

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.° 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones, y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de dicha entidad, respecto de la sentencia proferida el 14 de mayo de 2021, por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, que se condenara a Colpensiones a pagarle el incremento pensional del 14%, por persona a cargo, la señora Ana Aidé del Carmen Martínez; al pago de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993; a la indexación de las condenas que se llegaran a proferir, a lo que resultare probado ultra y extra petita, y a las costas del proceso.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, manifestó que mediante Resolución n.° 002193 de 2005, el extinto I.S.S. le reconoció una pensión de vejez, a partir del 1.° de febrero de 2005; que la prestación fue reconocida con fundamento en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y en concordancia con el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad; que el día 12 de noviembre de 2005, contrajo matrimonio con la señora Ana Aidé del Carmen Martínez, quien depende económicamente de él; que pese a ello, Colpensiones no le reconoció el incremento pensional por persona a cargo previsto en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990; que sobre dicha norma no se ha proferido ningún tipo de derogatoria, y que solicitó a la entidad el reconocimiento del mencionado incremento, pero que a la fecha no ha recibido respuesta alguna.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 29 de marzo de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.° 24).

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, se opuso a todas y cada una de las pretensiones incoadas por el demandante. Manifestó, que el actor no logró acreditar los requisitos previstos en la ley para ser beneficiario del incremento del 14% por persona a cargo, debido a que al momento en que solicitó la pensión de vejez, no demostró que tenía cónyuge y que ésta dependía económicamente de él.

Alegó en su favor, las excepciones de prescripción, caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, no configuración del derecho al pago de intereses ni indemnización moratoria, cobro de lo no debido, y buena fe (f.° 27- 29).

La **AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO**, guardó silencio (f.° 33).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 14 de mayo de 2021, condenó a Colpensiones al reconocimiento y pago del incremento del 14% al actor, sobre la pensión mínima legal mensual vigente por cónyuge a cargo, la señora Ana Aidé del Carmen Martínez, a partir del 9 de marzo de 2015; ordenó el pago del retroactivo por 95 periodos pensionales liquidados entre el 9 de marzo de 2015, y el momento en que se profirió la sentencia, liquidados cada uno en $127.194, esto es 14% de la pensión mínima legal vigente del año 2021, incremento que debidamente indexado asciende a $12.083.439; ordenó incluir en nómina el citado incremento, y que se continuara pagando hasta que subsistieran las causas que le dieron origen; absolvió a Colpensiones de las demás suplicas; declaró no probadas las excepciones formuladas por Colpensiones, a excepción de la

prescripción respecto de incrementos pensionales causados con anterioridad al 9 de marzo de 2015, y la condenó en costas.

Consideró que el problema jurídico a resolver, consistía en determinar si el demandante tenía derecho al reconocimiento y pago del incremento adicional del 14% sobre la pensión mínima legal mensual vigente, establecido en el literal b) del artículo 21 del Acuerdo n.° 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, por cónyuge a cargo, la señora Ana Aidé del Carmen Martínez, desde el día 12 de mayo de 2015, así como al retroactivo pensional, indexación e intereses moratorios.

Para fundamentar su decisión, manifestó que se apartaba de la sentencia de unificación SU-140 de 2019, proferida por la H. Corte Constitucional, mediante la cual se determinó que los incrementos del 14% habían sido objetos de derogatoria orgánica, por cuanto acogía la postura del H. Consejo de Estado, según la cual la derogatoria orgánica solo ocurre cuando la nueva ley regula íntegramente la materia de la anterior disposición, lo que no había sucedido en el presente caso, pues en la Ley 100 de 1993 no se hizo referencia a los incrementos pensionales.

Arguyó, que tanto los jubilados por el extinto I.S.S., bien sea por aplicación directa del Acuerdo n.° 049 de 1990, o en virtud del régimen de transición, tienen derecho al reconocimiento de los incrementos del 14%, siempre que cumplan los requisitos para ello, como quiera que su situación pensional fue regulada por dicha disposición normativa, y no por la Ley 100 de 1993.

Finalmente, esgrimió que con las pruebas arrimadas al proceso logró acreditarse que el actor cumplía con la totalidad de los requisitos previstos en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, para

el reconocimiento del incremento del 14%, estos son, la calidad de cónyuge de la señora Ana Aidé, la dependencia económica respecto de él, y la calidad de no devengar ningún tipo de pensión.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación para que la sentencia fuera revocada en su totalidad.

Solicitó, que se tuviera en cuenta que los incrementos pensionales fueron objeto de derogatoria orgánica a partir del 1.° de abril de 1994, fecha de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, por cuanto dicha disposición normativa no los incluyó como parte del reconocimiento de las prestaciones pensionales, como se aclaró en sentencia SU-140 de 2019.

Agregó, que la H. Corte Constitucional aclaró que el fenómeno prescriptivo no debía predicarse respecto de los derechos que se hubieren causado con anterioridad a la promulgación de la Ley 100 de 1993.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito magistrado, acogía el criterio mayoritario de la H. Corte Suprema de Justicia, adoptado en sentencia SL-29751 de 2005, según el cual los incrementos pensionales de que trata el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, no fueron derogados por el artículo 289 de la Ley 100 de 1993, por lo que debían entenderse como parte del régimen de prima media con prestación definida, en virtud del artículo 31 *ibídem*. No obstante, al reexaminarse el tema por los integrantes de la sala, se hace necesario replantear dicha postura, y acoger en su lugar, la

establecida por la Corte Constitucional en sentencia SU-140 de 2019, por encontrarse ajustada a los principios de sostenibilidad financiera, solidaridad, y universalidad, que rigen el sistema general de pensiones.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar si los incrementos pensionales previstos en el artículo 21 del Acuerdo n.° 049 de 1990, conservan su vigencia en el nuevo sistema pensional.

En sentencia SU-140 de 2019, la Corte Constitucional concluyó que los incrementos previstos en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, fueron derogados orgánicamente a partir de la entrada en vigencia la Ley 100 de 1993, por lo que es claro que el referido artículo no produce efecto alguno respecto de aquellos que hayan adquirido su derecho pensional con posterioridad a la entrada en vigencia del nuevo sistema pensional.

Igualmente, se aclaró que, la transformación sustancial que sufrió el sistema de pensiones hizo necesario el establecimiento de un régimen de transición, cuyo fin consistiera en la salvaguarda de la legítima expectativa de las personas que estaban cerca de adquirir el derecho principal de pensión, bajo las previsiones del sistema pensional anterior, pero que la misma no se hizo extensiva a derechos accesorios de dicha pensión, como es el caso de los incrementos pensionales, máxime si se tiene en cuenta que éstos no fueron dotados de naturaleza pensional, por expresa disposición del artículo 22 del Decreto 758 de 1990, el cual dispuso que éstos

subsistían mientras perduraran las causas que les dieron origen; así como el hecho de que no tienen efecto ultractivo alguno.

De otra parte, la Corte Constitucional, señaló que el reconocimiento de los beneficios extrapensionales causados con posterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993, resulta incompatible con el inciso constitucional establecido en el artículo 1.°, del Acto Legislativo n.° 01 de 2005, de que *"Los requisitos y beneficios pensionales para todas las personas, (...) serán los establecido por las leyes del sistema general de pensiones"*.

En este orden, como tales incrementos están incorporados en una norma anterior a la Ley 100 de 1993, y son distintos a los previstos en el nuevo sistema pensional, perdieron toda eficacia de acuerdo con la norma constitucional citada con antelación.

Igualmente, dijo la Corte que los incrementos del artículo 21 del Decreto 758 de 1990, resultan incompatibles con el principio de sostenibilidad financiera, cuyo fin es que las medidas futuras que se adopten preserven el equilibrio financiero del sistema general de pensiones, así como con el principio de solidaridad, según el cual, los recursos del erario público en el Sistema de Seguridad Social se aplicarán siempre a los grupos de población más vulnerable, y el de universalidad, esto es, la garantía de protección para todas las personas.

De todo lo anterior, se colige que los incrementos pensionales previstos en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, sola podrán reconocérseles a quienes hayan adquirido este derecho antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, por cuanto con la expedición de dicha norma, éstos desaparecieron del ordenamiento jurídico en virtud de su derogatoria orgánica, así como que éstos no fueron protegidos por el régimen de transición previsto en el artículo 36

ibídem, como quiera que éste se limitó a proteger las expectativas legítimas de quienes estaban cerca de adquirir su derecho pensional, conforme a los requisitos pensionales consagradas en el sistema pensional anterior.

Ahora bien, en el presente caso no fue objeto de discusión que mediante Resolución n.° 002193 de 25 de enero de 2005, el extinto I.S.S., le reconoció al demandante la pensión de vejez, a partir del 1.° de marzo de 2005, de acuerdo con los requisitos previstos en el artículo 12 del Acuerdo n.° 049 de 1990, por ser beneficiario del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (f.° 17).

Es decir, que el actor venía cotizando bajo el régimen pensional anterior a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pero no llegó a cumplir con los requisitos necesarios para pensionarse en vigencia de ese régimen, por cuanto la pensión le fue reconocida en el año 2005; por lo que, conforme con los lineamientos establecidos en la Sentencia SU-140 de 2019, de la Corte Constitucional, no tiene derecho al incremento pensional del 14%, por cónyuge a cargo, establecido en el Decreto 758 de 1990. En este orden, habrá de **revocarse** la sentencia apelada y consultada.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada y consultada, proferida el 14 de mayo de 2021, por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., para en su lugar **ABSOLVER** a la **ADMINISTRADORA**

COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, de todas las pretensiones incoadas en su contra, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

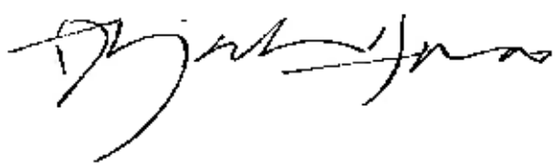
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,

DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **DORIS HELVETIA ROJAS SÁNCHEZ** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES,** y **PORVENIR S.A.**

EXP. 11001 31 05 **012 2019 00237** 01.

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.° 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones, y surtir el grado jurisdiccional de consulta en su favor, respecto de la sentencia proferida el 5 de febrero de 2021, por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declare la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, por existir un engaño y asalto en su buena fe, debido a la falta de información profesional, veraz, pertinente, objetiva, comprensible, clara y precisa, lo que vició su consentimiento; en consecuencia, se condene a PORVENIR S.A., a registrar en su sistema, la ineficacia de la afiliación, y trasladar a COLPENSIONES, todo el capital existente en su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos, bonos y /o titulos pensionales; así como condenar a Colpensiones a recibirla, activarla y tenerla como válidamente afiliada en el régimen de prima media con prestación definida (f.° 4, 5).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 9 de noviembre de 1959; realizó aportes en el extinto I.S.S., desde el 14 de junio de 1989; se trasladó a PORVENIR S.A. en julio de 2001, con 615.29 semanas de cotización en el régimen de prima media con prestación definida; fue visitada en su sitio de trabajo por el asesor de COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., quien le informó que el I.S.S. sería liquidado, que si dejaba sus aportes allí, estarían en riesgo al pertenecer a un fondo común y desaparecería el tiempo cotizado de los afiliados, y que si se trasladaba a ese Fondo de Pensiones, aseguraba una pensión de mayor valor a la que le podía haber reconocido el I.S.S.; situaciones que la motivaron a trasladarse a dicho fondo, el 24 de noviembre de 1999.

Sostuvo, que dicho asesor omitió brindarle información importante, completa y clara acerca de la consecuencia de su traslado; tampoco le hizo un comparativo de las caracteristicas de ambos regimenes, ni le informó a cuánto podría elevar la

indemnización sustitutiva o devolución de saldos, y en general, Porvenir no efectuó trámites con el fin de reasesorarla respecto de aspectos pensionales, ni le informó cuando tenía la posibilidad de regresarse al régimen de prima media con prestación definida.

Informó, que en noviembre de 2018, solicitó a Porvenir que le indicara cuál sería su mesada pensional, y le indicó que sería de $781.242 a los 57 años, empero, su último I.B.C. fue de $3.355.723, así que el 30 de noviembre de 2018, solicitó a PORVENIR S.A., la nulidad de su afiliación, y el 6 de diciembre siguiente, a COLPENSIONES que activara su afiliación por haber existido un vicio en el consentimiento; empero, las peticiones fueron respondidas en forma negativa, por tanto considera que se no se cumplió el deber de información que está en cabeza de las demandadas (f.° 1-4).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 15 de mayo de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.° 46).

PORVENIR S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones y en su defensa propuso como excepciones de mérito las de prescripción del derecho y de la acción de nulidad, cobro de lo no debido, y buena fe (f.° 92-105).

COLPENSIONES, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones, y en su defensa, propuso como excepciones las de prescripción, caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido y buena fe (f.° 142-148).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.° 48, 49).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 5 de febrero de 2021, declaró la ineficacia en sentido estricto de la relación jurídica de afiliación de la demandante, realizada el 31 de julio de 2001 a través del formulario n.° 01589888 con PORVENIR S.A.; en consecuencia, ordenó a dicho Fondo de Pensiones, trasladar los aportes y rendimientos de la cuenta de ahorro individual de la demandante al R.P.M.P.D. administrado por COLPENSIONES, quién deberá aceptar el traslado de la demandante, recibir el monto de los saldos, aportes y rendimientos *«sin reconocimiento del régimen de transición al no tener derecho alguno sobre el particular»*; absolvió a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra; declaró no probadas las excepciones formuladas por estas y se abstuvo de imponer costas a las partes (f.° 164,165).

IV. RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES, apeló con el argumento de que es necesario tener en cuenta que de conformidad con el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 establece que el afiliado no puede trasladarse de régimen cuando le falten menos de 10 años para cumplir la edad exigida para obtener el derecho a la pensión de vejez; de manera que, la demandante no puede hacer uso de esa prerrogativa, en la medida en que para cuando interpuso la demanda, 15 de mayo de 2019, contaba con 59 años de edad.

En gracia de la discusión, se debe ordenar el reintegro de la totalidad de la cotización, es decir, todos los recursos que obran en la cuenta de ahorros individual de la demandante, cuentas abonadas al fondo de garantías, pensión mínima, rendimientos, anulación de

fondos previsionales, porcentaje destinado a pago de seguros previsionales y gastos de administración, en la forma como lo ha adoctrinado la jurisprudencia.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, atendiendo la nueva conformación de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, procedió a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

Lo anterior, atendiendo lo expuesto en las sentencias de tutela n.° CSJ STL, 13 de may. 2020 rad. 59412, y CSJ STL3716-2020, así como también, a la postura del Honorable Magistrado, Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia CSJ STL8125-2020, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, en virtud de los cuales he venido acatando la orden allí impartida, y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar la procedencia de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de la aquí demandante, por falta de información suficiente por parte de las administradoras demandadas. Así como también, si hay lugar o no, a la devolución de los rendimientos y gastos de administración a COLPENSIONES.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: ***i)*** la demandante nació el 9 de noviembre de 1959 (f.° 14); ***ii)*** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 14 de junio de 1989 hasta el 31 de agosto de 2001, 615.29 semanas (f.° 22, 23); ***iii)*** que el 31 de julio de 2001 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. PORVENIR S.A., con fecha de efectividad desde 1.° de septiembre de 2001 (f.° 21, 36, 106, 110), donde actualmente se encuentra vinculada con un total de 1436 semanas cotizadas, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa de f.° 25 a 29, 111 a 136 y la certificación de f.° 110.

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

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

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

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

Así las cosas, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Al respecto, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989; reiterada en la CSJ SL, 6 dic. 2011, rad. 31314, dijo:

> *"Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.*
>
> *Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida pura las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.*
>
> *La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la*

gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento."

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

Estos criterios, fueron expuestos en la mentada sentencia de tutela CSJ STL8125-2020, M.P. Doctor Omar Ángel Mejía Amador, la cual, como en precedencia se dijo, llevó a cambiar el criterio que venía sosteniendo el suscrito frente al tema de las nulidades e ineficacias de traslado de régimen pensional.

En dicha acción constitucional, se adujo:

"En este fallo (CSJ SL4426-2019), la Sala precisó que, tratándose de procesos de ineficacia de traslado de régimen pensional, es a la administradora de fondos a la que incumbe demostrar que ha cumplido con sus afiliados el deber de información antes aludido, el cual comprende una descripción de las características de cada uno de los regímenes pensionales en un lenguaje comprensible y de fácil acceso para el afiliado."

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

corresponde al fondo de pensiones, sin que haga alguna diferencia si la afiliada era o no beneficiaria del régimen de transición, o tenía una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, la demandante, el 31 de julio de 2001, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A., conforme el formulario de afiliación y traslado allegados al proceso, visibles a f.° 21, 36, 106, los cuales, si bien refieren que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

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

Y en la acción de tutela, arriba citada, la cual llevó a cambiar el criterio de este Magistrado Sustanciador, se dijo:

> *"La Sala de Casación Laboral de esta Corte ha establecido que de la simple suscripción del formulario de afiliación no puede deducirse el cumplimiento del deber de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, de conformidad con lo previsto en el artículo 97 del Decreto 633 de 1993, contentivo del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Precisamente, en la sentencia CSJ SL4426-2019, expresó:*
>
> *De otra, porque la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes*

para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)"[1]

Ahora bien, en lo que respecta a la falta de vicios en el consentimiento en el negocio celebrado entre la actora y el fondo de pensiones, es menester precisar que:

"la reacción el ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/ 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, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

Por lo expuesto, 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.

(...) Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos."[2]

Posición esta, que fue replicada en la pluricitada sentencia de tutela CSJ STL 8125-2020, con lo que no es posible aplicar dicho argumento, así como tampoco aquel referente a la ratificación del acto por traslado entre administradoras de fondos de pensiones.

---

[1] CSJ STL 8125-2020.

[2] CSJ SL 1688-2019, 8 may. 2019, rad. 68838

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de las A.F.P. accionadas que hubiesen suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Ahora bien, en grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, debe anotarse, frente a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual del actor, entre ellos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales si las hubiere, rendimientos financieros, frutos e intereses, y gastos de administración, debe decirse, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL1421-2019, 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."*

Así mismo, en sentencia CSJ SL638-2020, indicó:

> *"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 ello, al tenerse como nunca realizado el traslado, debe la demandada PORVENIR S.A. devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, entre ellos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales si las hubiere, rendimientos financieros, frutos e intereses, y gastos de administración y todas aquellas sumas depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, pues dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social. En estos términos se **adicionará** la sentencia de primera instancia.

Respecto de la excepción de prescripción, la mentada Colegiatura ha dicho que la acción de ineficacia de traslado pensión 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»*[3], por lo que resulta acertada la decisión del juzgador de primera instancia.

Por todo lo anteriormente expuesto, las anteriores consideraciones a juicio de la Sala resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la demandante el 31 de julio de 2001, cuando se trasladó del régimen de prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (f.° 21, 36, 106), por lo que, Porvenir S.A., administradora a la cual se encuentra actualmente afiliada, deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los aportes, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración que posea al demandante en su cuenta. En consecuencia, se **CONFIRMARÁ y ADICIONARÁ** la sentencia de primera instancia.

---

[3] CSJ SL1688-2019.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia apelada y consultada, proferida el 5 de febrero de 2021, por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de CONDENAR a PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales si las hubiere, frutos, rendimientos financieros, gastos de administración e intereses causados, acorde con lo considerado.

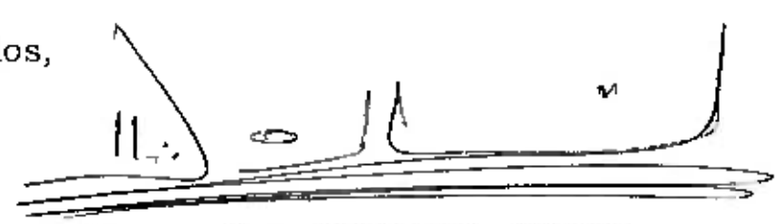
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **CINDY LORENA LIBERATO RAMÍREZ** contra **BANCOLOMBIA S.A.**

EXP. 11001 31 05 **014 2018 00548** 02

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha arriba señalada y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.° 806 de 2020, se reunió la Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia proferida el 29 de julio de 2020, por el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declare que la demandada dio por terminado el contrato de trabajo sin agotar el procedimiento legal y reglamentario, sin que mediara justa causa; en consecuencia, se condene a Bancolombia, de manera principal, a reintegrarla a igual o mejor cargo, y que se ordene el reconocimiento de los emolumentos causados y dejados de percibir desde la fecha de despido, restituir las condiciones del préstamo de vivienda del que era titular la demandante, la devolución de las sumas pagadas en exceso y la indexación. En forma subsidiaria, solicitó el pago de la indemnización la terminación unilateral del contrato en la forma establecida en la convención colectiva de trabajo y restituir las condiciones del préstamo de vivienda del que era titular la demandante, ordenando devolver las sumas de dinero pagadas en exceso (f.° 190-191).

Como sustento fáctico relevante de sus pretensiones, manifestó que suscribió contrato de trabajo a término indefinido con Bancolombia S.A. el 28 de febrero de 2012, para desempeñarse como cajera, labor que desarrolló en la Sucursal las Granjas; que fue citada para descargos el que se llevó a cabo el 7 de marzo de 2018, por supuestamente haberse presentado a laborar el 16 de febrero de 2018, en condiciones de alicoramiento, y haber presentado un descuadre de caja superior a $289.966; el 16 de febrero de 2018, su jornada laboral inició a las 13:30 p.m. y fue retirada de su puesto de trabajo a las 2:10 p.m.

Adujo, que en la diligencia de descargos no se suministraron pruebas que evidenciaran los cargos; el 8 de marzo de 2018, le fue notificada la misiva de desvinculación motivada en los hechos por los que fue citada a la diligencia de descargos; al momento de la

desvinculación percibía una remuneración mensual de $923.549; es beneficiaria de la convención colectiva suscrita entre Sintrabancol y la demandada; adquirió un préstamo cobijado por la reglamentación especial de los créditos de vivienda del banco para sus empleados y dicha reglamentación establece que las ventajas de los créditos se pierden si el trabajador es despedido con justa causa, por lo que pasó de cancelar una cuota de $166.321, a una de $1.398.600 mensuales por invocar el empleador una justa causa (f.° 193-194).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Previa subsanación, la demanda se admitió el 16 de octubre de 2018, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (f.° 204), que dio respuesta con oposición argumentando que la terminación del contrato de la actora obedeció a la condición resolutiva de incumplimiento grave de las obligaciones contractuales, y propuso como excepciones de mérito las de existencia de justa causa para la terminación del contrato de trabajo de la demandante, calificación de falta grave por los contratantes, inexistencia de las obligaciones, cobro de lo no debido, falta de título y causa, buena fe, mala fe de la demandante, pago, compensación, enriquecimiento sin justa causa, prescripción y la genérica (f.° 461-466).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 29 de julio de 2020, declaró la existencia de un contrato de trabajo entre el 4 de julio de 2012 y hasta el 8 de marzo de 2018, que fue terminado de manera unilateral y sin justa causa por Bancolombia S.A. y, en consecuencia, la condenó a cancelar a la demandante la suma de $8.289.707, por concepto de indemnización por despido sin

justa causa, liquidada conforme el artículo 38 de la Convención Colectiva de Trabajo e indexada, y a restituir las condiciones inicialmente pactadas en el crédito de vivienda otorgada a la demandante, así mismo la condenó en costas.

Señaló, que la legislación no contempla un requisito más allá de exponer la causal que se alega como justa y la Convención Colectiva de Trabajo que cobija a la actora tan solo dispone que el empleado sea escuchado antes de la aplicación de la decisión, lo cual fue inobservado por la demandada, pues reposa en el expediente el acta de explicaciones en la que consta que el 7 de marzo de 2018, se la escuchó para que diera sus explicaciones en torno a los hechos que se le atribuían. Teniendo en cuenta, entonces, que la decisión de la empleadora no tiene naturaleza sancionatoria, pues así no está contemplado, consideró inviable restar eficacia al despido.

Ahora, en torno a la justa causa para el despido, indicó que la demandante cumplió con su carga de acreditar la terminación de la relación laboral, y en cuanto a la demostración de la justa causa que invocó el empleador, indicó que si bien la conducta reprochada sí se encuentra enmarcada como contraria al recto desempeño de las labores, tanto en el Código Sustantivo de Trabajo, como en el reglamento interno de trabajo, no se acreditó que la demandante se encontrara en un estado inapropiado, y con un alto grado de alicoramiento, pues no se demostraron con contundencia los señalamientos que los compañeros de trabajo de la actora hicieron al respecto.

Indicó, que los testimonios no brindan certeza dada las contradicciones y carencia de objetividad, ni fueron más allá de decir

que expelía un fuerte olor a alcohol, y adjudicaron errores ocurridos ese día a una desconcentración originada en la ingesta de alcohol, siendo que ello bien puede deberse a problemas de cualquier índole.

En consecuencia, estimó que ante la falta de prueba que acreditara el hecho reprochado a la actora por parte de la demandada, no era dable catalogar de justo el despido, y comoquiera que los beneficios otorgados para la adquisición del crédito de vivienda están sujetos a que no se hubiera finiquitado por justa causa el despido, lo procedente era restituir el crédito a las condiciones inicialmente pactadas con una tasa fija en 11% nominal anual hasta por 20 años, conforme lo dispuesto en la reglamentación de los créditos de vivienda.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La demandante, apeló el punto atinente a la decisión de no acceder al reintegro por estimar que el despacho de primera instancia no dio una adecuada valoración al artículo 26 de la Convención Colectiva de Trabajo, por cuanto considera que al referirse al debido proceso, también involucra un proceso disciplinario y está probada la vulneración al debido proceso por el no traslado a la demandante de las pruebas que se pretendían usar en su contra en el trámite disciplinario. Argumentó, que dicha norma debe interpretarse junto con el artículo 6.° de la misma convención que trata del principio de favorabilidad respecto de la interpretación de alguna cláusula convencional.

Por su parte, la demandada se mostró inconforme con la condena por pago de la indemnización por despido injusto y el

restablecimiento del crédito a la demandante. Adujo, que el despacho realizó una valoración inadecuada de la prueba testimonial y los cinco correos electrónicos adosados, que acreditan el inadecuado estado en que se presentó la actora a trabajar, y del reglamento interno, toda vez que para que se configure la causal de despido del artículo 67, no es necesario que el trabajador se encuentre en un estado de embriaguez evidente, sino que basta con que se encuentre bajo los efectos del alcohol.

Argumentó, que el hecho de timbrar una transacción sin recibir el dinero también está configurado, y fue invocado como una razón para el despido, pues cualquier descuadre genera un incumplimiento por lo que constituye una justa causa que el despacho solo debió entrar a verificar. En cambio, sí se dio la justa causa que se le endilgó a la demandante consistente en poner en peligro, por actos y omisiones, la seguridad de las personas o de los bienes del banco, situación que se acreditó por cuanto la actora con sus descuadres y el faltante puso en riesgo los bienes del banco.

Pidió, que toda vez que la condena relacionada con el restablecimiento del crédito de vivienda se sujeta a una justa causa, se acojan los argumentos, y en consecuencia, se absuelva también por este aspecto.

V. CONSIDERACIONES

En estricta aplicación del artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, esta Sala de Decisión, por cuestiones de método, tendrá como problema jurídico el verificar si al interior de la entidad financiera demandada se contempló un procedimiento disciplinario para situaciones de despido como las

ocurridas con la demandante, que habilite un posible reintegro, de haberlo vulnerado, y si existió una justa causa para el retiro, de conformidad con la ley y el reglamento interno, o si por el contrario, es lo procedente es confirmar la condena al pago de la indemnización por despido injustificado y la reliquidación del crédito de vivienda según el reglamento correspondiente.

Debe indicar la Sala que no están en discusión en este asunto los elementos de la relación laboral, esto es, los extremos, partes, salario y cargo, pues no fue objeto de controversia que Cindy Lorena Liberato Ramírez, prestó sus servicios como cajera a Bancolombia S.A., desde el 4 de julio de 2012 hasta el 8 de marzo de 2018, en virtud de un contrato de trabajo en el que culminó de manera unilateral, percibiendo como último salario la suma de $923.549.

En cuanto a la forma de terminación, alega la parte actora que conforme lo estipulado en la convención colectiva del trabajo, siempre que se pretenda despedir a algún trabajador alegando una justa causa se le debe adelantar un proceso disciplinario, el cual no se cumplió en el caso que se estudia con el debido proceso. Refiere que el artículo 26 de la mencionada convención, debe ser interpretado en conjunto con el 6.° [*sic*] que consagra el principio de favorabilidad cuando hay alguna duda en la interpretación de alguna cláusula convencional.

En este punto, se debe indicar que esta Sala es del criterio según el cual el despido no se asimila a una sanción disciplinaria, y tampoco tiene la naturaleza que ostenta esta, como equivocadamente parecieran entenderlo las apelantes; en consecuencia, tal y como lo tiene precisado de antaño la jurisprudencia ordinaria laboral, legalmente no está sujeto a un trámite previo o al que se utiliza para la aplicación de dichas sanciones, a menos de que así se hubiera

pactado en el contrato de trabajo, el reglamento interno de trabajo, la convención colectiva, el pacto colectivo o el laudo arbitral. (CSJ SL, 15 feb. 2011 rad. 39394, SL560-2013, SL17404-2014, SL1189–2015, SL3655 y STL17172 de 2016, STL7198, SL8307 y SL10255 de 2017).

Sin embargo, esta situación no es la acontecida en el proceso, por cuanto que el artículo 26 de la Convención Colectiva del Trabajo suscrita entre la demandada y el Sindicato de Trabajadores de Bancolombia–Sintrabancol, de la cual sin discusión alguna la demandante fue su beneficiaria, y que reposa a folios 40 y siguientes, junto la con la respectiva constancia de depósito ante el Ministerio del Trabajo, no da cabida a interpretaciones respecto de la realización o no de un trámite disciplinario, pues obliga a que *"el empleado amparado por la convención colectiva de trabajo, inmerso en una presunta justa causa de despido, deberá ser oído antes de la aplicación de la decisión, asesorado, si lo considera conveniente, por dos representantes del sindicato al que esté afiliado, de los sindicatos titulares de esta convención".*

Así las cosas, no existía la obligación por parte de la demandada de adelantar un trámite disciplinario, como lo esbozó la parte actora, mucho menos se estableció así en el reglamento interno de trabajo visible a f.° 23 y siguientes, ni se estipuló que el despido constituía una sanción; en todo caso, la demandada llevó a cabo diligencia de descargos el 7 de marzo de 2018, en donde le otorgó a la demandante la oportunidad de ejercer su derecho de contradicción y defensa, lo que es una garantía que redunda en beneficio de la trabajadora, quien tuvo la posibilidad de justificar la levedad de sus actos o probar que no incurrió en las faltas atribuidas; por tanto, acertó la *a quo* al concluir que no se quebrantó el debido proceso aquí alegado, aunado a que el artículo 6.° a que hace mención la apelante, regula lo atinente a los sueldos mínimos de los niveles del escalafón, por lo tanto, no guarda relación a lo que pretende refutar.

De manera que, con las anteriores argumentaciones no salen avante las pretensiones principales de reintegro, porque se cimentaban exclusivamente en una presunta vulneración al debido proceso al terminarse el contrato de trabajo, y no en una norma que ampare la estabilidad laboral reforzada.

Ahora bien, en cuanto a la justa causa esgrimida para el despido, se cuestionó la conclusión a la que llegó la *a quo* en torno a considerar que la demandada no cumplió con la carga de acreditar que, su entonces empleada se presentó a trabajar en un estado de embriaguez o inapropiado el dia 16 de febrero de 2018.

El artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, establece como una justa causa para la terminación del contrato de trabajo la violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del mismo estatuto, prohibiciones dentro de las que se encuentra *"presentarse al trabajo en estado de embriaguez o bajo la influencia de narcóticos o drogas enervantes"*, comportamiento que está prohibido en similar redacción por el numeral 2.° del artículo 62, y catalogado como falta grave y causal de terminación del contrato de trabajo y en el literal a) del artículo 67 del Reglamento Interno de Trabajo (f.° 36).

En el interrogatorio de parte, la demandante aseveró no haber estado tomando, tras indicar que se encontraba en un tratamiento médico de carácter siquiátrico conocido por sus compañeros de trabajo, el Director y Gerente de la oficina; rehusó haber reconocido la ingesta de alcohol, y sostuvo que el Director de Oficina le afirmó no tener olor a licor cuando ella le preguntó, al estar preocupada.

Además, no obra prueba en el expediente del tratamiento médico o la crisis nerviosa a la que se hizo alusión y los testimonios son coincidentes en afirmar que no tenían conocimiento alguno al respecto y mucho menos sobre sus medicamentos. En el plano documental, tan solo reposa carta de explicaciones a un llamado de descargos fechada del 5 de enero de 2016, en el que la actora efectivamente informó de problemas familiares y sicológicos (f.° 270-275), adjuntando historia clínica, pero nótese que tal notificación ocurrió más de dos años antes de los sucesos que llevaron a la terminación de su contrato de trabajo.

En diligencia de explicaciones (f.° 290), realizada en virtud de lo dispuesto en el artículo 26 de la Convención Colectiva de Trabajo, se le preguntó a la señora Lorena Liberato, sobre la veracidad de que hubiera aceptado haber tomado dos cervezas la noche anterior al 16 de febrero de 2018, a lo que respondió: *"Como me explico, no me acuerdo. Si lo dije, pero pudo ser un problema de mal interpretación. En ese momento sentía susto. Dije que habíamos tomado, pero no tomé".*

La experiencia enseña que una persona niega con un rotundo y contundente "no", en aquellos hechos de los que se le acusa y que no ha realizado, de ahí que para la Sala no es creíble la explicación dada en la diligencia de explicaciones, pero tampoco es suficiente haber bebido dos cervezas para configurar la causal invocada, pues difícilmente llevan a que al día siguiente una persona emane olor a alcohol de una manera tan profusa como alega la demandada.

De la prueba testimonial, queda claro que Diego Gilberto Ávila Cuenca, Gerente de la Sucursal, no evidenció de manera directa lo ocurrido ese día, por cuanto, según su propio dicho, su oficina quedaba retirada del área de las ventanillas, y su testimonio no es confiable, dada la sensación de contradicción e inseguridad que

brindan sus manifestaciones en torno al estado en que aparentemente vio a la señora Cindy Lorena Liberato, pues no se refirió con precisión a los hechos, y por el contrario, constantemente previno al despacho indicando que le era difícil recordar porque había pasado mucho tiempo; es más, indicó primero no haber recordado qué le respondió él a la demandante cuando ésta le preguntó si tenía *"tufo"*, para luego decir que en verdad sí olía a alcohol, pero que tenía gripa y estaba usando tapabocas, a pesar de haber indicado previamente que le había percibido el olor aproximadamente a un metro y medio de distancia.

Viviana Giraldo Castro, Directora de Servicio de la sucursal Las Granjas, indicó que fue informada de que la actora presentaba un olor a licor por un mensaje de texto que le envió el cajero principal mientras ella estaba almorzando, cuando regresó a la sucursal hacia las 2:00 p. m. la saludó, y constató lo que le fue informado, por lo que puso el asunto en conocimiento del Gerente de la Sucursal, con quien le preguntaron a la demandante en la cafetería si había bebido, a lo que según su dicho, respondió que sí.

Jorge David Betancourt Murcia, cajero y compañero de la actora en la sucursal Las Granjas, indicó que el 16 de febrero de 2018, ella llegó sobre las 12:30 p.m., y se acercó a él a pedir efectivo porque no estaba el cajero principal. Relató, que en ese momento él sintió un fuerte olor, y le preguntó que si *"estuvo buena la rumba de ayer"*, a lo que ella respondió riendo con un *"sí"*. Indicó, que cuando volteó a verla ella estaba con la silla recargada totalmente, y por ello, no *"jalaba fila"*, dando a entender que no colaboraba eficientemente con la atención al público. Agregó, que informó al cajero principal sobre el estado de la demandante, quien le escribió a la Directora de Servicio. Y sobre la presentación de la señora Liberato Ramírez, afirmó que estaba pálida,

sin maquillar ni peinar y expedía olor al alcohol en todo el área de la caja.

De los correos electrónicos adosados al infolio (f.° 296-300), los enviados por Jorge David Betancourt y Luis Carlos Hernández Toro difieren en la fecha de presunta ocurrencia de los hechos, por lo que no se tomarán en cuenta; mientras que el de Karen Cristina Zabala Lozano, relata con detalle la preocupación que la actora le manifestó en su momento, porque en la oficina estaban diciendo que ella se encontrara *"tomada"* y la confesión que le hizo de haberse bebido dos cervezas la noche anterior.

En correos electrónicos remitidos por Sonia Pilar Fernández Murcia y Lina Marcela Marroquín, dirigidos a Viviana Giraldo Castro se informó que el 16 de febrero de 2018, le sintieron a la demandante un olor a alcohol en el momento en que se acercó a sus puestos de trabajo. Aunado a que los correos coinciden en indicar que la actora estuvo en el baño por cerca de 20 minutos, lapso durante el cual se arregló y perfumó.

En este punto, es necesario indicar que si bien la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia tiene sentado que no se requiere prueba solemne para determinar el estado de ebriedad de un trabajador en el trabajo, sí es deseable que ante la sospecha del mismo se realice una prueba que permita conocer el grado y las consecuencias en el desarrollo de sus labores, lo que no implica que sea exclusiva ni excluyente, pues son aceptables todos los medios de prueba dispuestos en la ley (CSJ. SL 9 mar. 2010, rad. 37461).

Sin embargo, no se debe dejar atrás que el material probatorio debe lograr acreditar la real alteración de los sentidos en la manera

que pudiera afectar la labor del trabajador, circunstancia que no ocurre en el caso que se estudia, pues aunque está demostrado que la demandante ingirió dos cervezas la noche anterior al 16 de febrero de 2018, no se probó suficientemente se hubiera presentado a laborar en un estado de "*alicoramiento*", que hiciera su comportamiento distorsionado, le afectara la motricidad, la coordinación y el alto aliento alcohólico, que pueden ser apercibidos fácilmente, o que no hubiera podido prestar sus servicios en condiciones aptas que no reflejen el pleno uso de sus facultades.

En efecto, los testimonios y documentales expuestos son evidencia suficiente para aseverar que la noche anterior al 16 de febrero de 2018, la actora se tomó dos cervezas y que se presentó a su oficina despeinada y desmaquillada. Sin embargo, ello no es prueba de un estado de ebriedad en los términos anteriormente anotados, pues dos cervezas normalmente se digieren con suficiencia en diez horas, ello teniendo en cuenta que la demandante ingresó a trabajar a las 12:30 p.m.

Ahora bien, tampoco podemos referirnos a los inconvenientes en caja que tuvo la señora Liberato Ramírez el 16 de febrero de 2018, como indicios de falta de desconcentración y descoordinación, de una parte porque frente al 'descuadre', en el interrogatorio de parte, la demandante explicó que en el momento que estaba atendiendo al cliente, su jefe la llamó a indagarle por lo que estaba sucediendo, lo que generó su desconcentración, lo cual coincide con lo manifestado en la diligencia de explicaciones ante la entidad bancaria.

Por otra parte, el no haber registrado el intercambio de dinero entre cajeros en el momento en que debía hacerlo, no es suficiente por sí solo para aducir el error a un estado de embriaguez, pues la demandante en su declaración de la diligencia de explicaciones,

indicó que ello sucedió porque en el momento de realizar el registro el sistema se quedó bloqueado y luego lo olvidó, lo cual es un error bastante factible incluso estando una persona sobria.

Además de lo anterior, ninguno de los testigos hizo referencia a un comportamiento distorsionado o a la falta de motricidad o de coordinación por parte de la demandante, y el único que hizo mención a que tuviera la *"mirada distraída"* fue el Gerente de la Sucursal, cuya declaración, como se dijo, por imprecisa y contradictoria, carece de credibilidad.

Así las cosas, no se cumplió por parte de la demandada la carga probatoria de acreditar la justa causa por la que despidió a la demandante y, por tanto, en este aspecto, será **confirmada** la decisión.

Teniendo en cuenta lo anterior, comoquiera que el crédito de vivienda que para el momento del despido la señora Liberato tenía pendiente con la entidad bancaria para la que trabajaba, de acuerdo con el artículo 3.° de la Reglamentación de los Créditos para Vivienda para Personal Convencionado de Bancolombia, se encuentra sujeto a cambios dada su desvinculación de la entidad sin justa causa, para conservar las condiciones inicialmente pactadas, excepto lo atinente a la tasa de interés y plazo (f.° 435 y ss), también se **confirmará** la decisión de la *a quo*, por encontrarse ajustada a la mencionada regulación.

Así las cosas, en los anteriores términos, se **confirmará** la decisión de primera instancia en su integralidad.

Sin costas en la instancia dado el resultado del estudio de las apelaciones.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión 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:

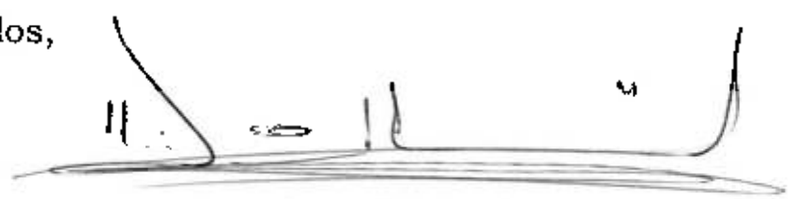
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, proferida el 29 de julio de 2020, por el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en la instancia, dado el resultado del estudio de las apelaciones.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **GLORIA NORANDI GARZÓN BELTRÁN** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES,** y **PORVENIR S.A.**

EXP. 11001 31 05 **015 2018 00163** 01.

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.° 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por PORVENIR S.A. y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, respecto de la sentencia proferida el 24 de marzo de 2021, por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declare la nulidad de la continuidad en la vinculación al R.A.I.S., pues carece de validez por existir un vicio en el consentimiento como afiliada, esto es, un error de hecho, por falta de información, diligencia y oportunidad en la asesoría pensional y así se declare válida su voluntad de estar afiliada a COLPENSIONES.

En consecuencia, que se condene a PORVENIR S.A. a procesar y tramitar el traslado de régimen al R.P.M.P.D., y trasladar todas las sumas de dinero aportadas, tales como: 100% de aportes, rendimientos, el valor deducido por concepto de cuota administradora, intereses y demás deducciones realizadas, y pague una indemnización de perjuicios, cuantificada en la diferencia que pudiera existir entre los aportes realizados al R.A.I.S., y los que se deban acreditar en el R.P.M.P.D. y las mesadas pensionales que no sean reconocidas por COLPENSIONES.

Solicitó, que se ordene a COLPENSIONES, que reciba el traslado de régimen, así como las cotizaciones y rendimientos necesarios para tramitar en dicho régimen la pensión de vejez y la tenga como afiliada sin solución de continuidad (f.° 7).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 29 de marzo de 1960; realizó aportes al extinto I.S.S. desde noviembre de 1995; se afilió a PORVENIR S.A., el 27 de septiembre de 1999, con efectividad a 1.° de noviembre de dicho año; la afiliación a dicho fondo carece de validez, porque no existe ningún anexo que indique cuál fue la asesoría que le dieron, no le hicieron proyecciones financieras frente a la opción pensional que le favorecía, ni le indicó cómo funciona el traslado entre regímenes, por lo que no cumplió con

su deber de información y buen consejo, solo le indicaron que el I.S.S. se iba a desaparecer, y que por esa razón no se podía pensionar; cumplió 57 años de edad en el año 2017, tiempo para el cual contaba con mas de 1200 semanas exigidas para adquirir su estatus pensional, pero PORVENIR S.A., omitió informarle que podía haberse trasladado de régimen cuando le faltaban menos de 10 años para cumplir esa edad.

Señaló que entre mayo de 2005 hasta agosto de 2014, estuvo multiafiliada, dado que en enero de 2008, solicitó un traslado de régimen para COLPENSIONES y su empleador de la época efectuó aportes a dicha entidad, pero PORVENIR S.A. le informó que no se encontraba multiafiliada; actualmente tiene un I.B.C. aproximado de $7.360.000, y recibiría por parte de PORVENIR S.A., una pensión de $1.081.100 a los 60 años de edad, mientras que con COLPENSIONES se pensionaría a los 58 años con $3.486.700, tomado de un I.B.L. de $5.448.048, por lo que la diferencia entre uno y otro valor de pensión son los perjuicios ocasionados por PORVENIR S.A.; solicitó el traslado de régimen al I.S.S., y a PORVENIR S.A., pero ambas entidades lo negaron (f.° 4-7).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 8 de mayo de 2018, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.° 81).

COLPENSIONES, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones; agregó, que en el año 2008, cuando regresó a la entidad, no registró cotizaciones, por lo que no hubo multiafiliación alguna y en su defensa propuso como excepciones las de prescripción, caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, falta de causa y título para pedir, cobro de lo no debido, no configuración del derecho

al pago del I.P.C., indexación o reajuste, intereses moratorios ni indemnización moratoria, cosa juzgada y buena fe (f.° 84-93).

PORVENIR S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones con el argumento que el único traslado que se evidencia en el certificado de ASOFONDOS (S.I.A.F.P.), es la afiliación a Porvenir, y en su defensa propuso como excepciones de mérito las de prescripción, inexistencia de la obligación, buena fe, y compensación (CD f.° 111).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.° 83).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá D.C.., en sentencia del 24 de marzo dc 2021, declaró ineficaz la afiliación o traslado efectuados por la demandante el 27 de septiembre de 1999, ante PORVENIR S.A.; cn consecuencia, ordenó a dicha A.F.P. trasladar las sumas que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante al R.P.M.P.D. administrado por COLPENSIONES, quién deberá reactivar la afiliación de la demandante, recibir los aportes y acreditarlos como semanas efectivamente cotizadas en el régimen que administra como si nunca se hubiera traslado al R.A.I.S.; declaró no demostradas las excepciones propuestas y se abstuvo de imponer costas a las partes (f.° 139-142).

IV. RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A., sostuvo que para la época del traslado de la demandante, no era obligatorio brindar información a los afiliados, tal y como se explica en la Circular n.°019 de 1998, emitida por la

Superintendencia Financiera, pues solo bastaba expresar su voluntad a través del diligenciamiento del formulario en los términos de la Ley 100 de 1993, y el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, como ocurrió en este caso, en el que también se le explicaron las implicaciones de su decisión y el funcionamiento del R.A.I.S., junto con sus condiciones pensionales; también se debe tener en cuenta que de conformidad el artículo 1752 y siguientes del Código Civil, existió un consentimiento por ratificación tácita, que opera de manera automática al haber realizado aportes en el R.A.I.S., lo que traduce su voluntad de permanecer en dicho régimen. En todo caso, la obligación de aportar documentos junto con la afiliación surgió con las Leyes 1328 de 2009 y 1748 de 2014.

V.ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, atendiendo la nueva conformación de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, procedió a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

Lo anterior, atendiendo lo expuesto en las sentencias de tutela n.° CSJ STL, 13 de may. 2020 rad. 59412 y CSJ STL3716-2020, así como también, a la postura del Honorable Magistrado, Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia CSJ STL8125-2020, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, en virtud de los cuales he venido acatando la orden allí impartida, y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar la procedencia de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de la aquí demandante, por falta de información suficiente por parte de las administradoras demandadas. Así como también, si hay lugar o no, a la devolución de los rendimientos y gastos de administración a COLPENSIONES.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: ***i)*** la demandante nació el 29 de marzo de 1960 (f.° 60); ***ii)*** prestó servicios como enfermera del Sector Público Departamental para el Hospital Simón Bolívar, desde el 29 de marzo de 1989 hasta el 15 de abril de 1990, tiempo para el cual se efectuaron los aportes a la Caja de Previsión Social (f.° 49-57); ***iii)*** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 18 de julio de 1990 y el 31 de enero de 1991, 28.29 semanas (f.° 65-40, CD f.° 101); ***iv)*** posteriormente, a partir del 13 de febrero de 1991, siguió prestando servicios en forma ininterrumpida en el mismo cargo al Sector Público Departamental, en favor nuevamente del mencionado hospital, así como del Hospital Engativá II Nivel ESE, y de la Subred Integrada de Servicios de Salud Norte ESE, para lo cual efectuó aportes a la reseñada Caja hasta el 30 de noviembre de 1995, al I.S.S. hasta el 31 de octubre de 1999 (225.43 semanas, CD f.° 101), dado que 27 de septiembre de 1999, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. PORVENIR S.A., con fecha de efectividad desde 1.° de noviembre de 1999 (f.° 68, 72, CD f.° 111), donde actualmente se encuentra vinculada con un total de 1508 semanas cotizadas, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa de f.°

22 a 28 y la certificación del 28 de febrero de 2020, que reposa dentro del medio óptico allegado a f.° 111.

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

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

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

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

Así las cosas, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Al respecto, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008 rad. 31989 reiterada en la CSJ SL, 6 dic. 2011 rad. 31314, dijo:

"Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

Estos criterios, fueron expuestos en la mentada sentencia de tutela CSJ STL8125-2020, M.P. Doctor Omar Ángel Mejía Amador, la cual, como en precedencia se dijo, llevó a cambiar el criterio que venía sosteniendo el suscrito frente al tema de las nulidades e ineficacias de traslado de régimen pensional.

En dicha acción constitucional, se adujo:

> *"En este fallo (CSJ SL4426-2019), la Sala precisó que, tratándose de procesos de ineficacia de traslado de régimen pensional, es a la administradora de fondos a la que incumbe demostrar que ha cumplido con sus afiliados el deber de información antes aludido, el cual comprende una descripción de las características de cada uno de los regímenes pensionales en un lenguaje comprensible y de fácil acceso para el afiliado."*

Así las cosas, conforme la jurisprudencia en cita, al alegarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al fondo de pensiones, sin que haga alguna diferencia si la afiliada era o no beneficiaria del régimen de transición, o tenía una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, la demandante, el 27 de septiembre de 1999, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A. (f.° 68, 72), conforme el formulario de afiliación y traslado allegado al proceso, visible a folios 68 y 111, el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

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

Y en la acción de tutela, arriba citada, la cual llevó a cambiar el criterio de este Magistrado Sustanciador, se dijo:

"La Sala de Casación Laboral de esta Corte ha establecido que de la simple suscripción del formulario de afiliación no puede deducirse el cumplimiento del deber de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, de conformidad con lo previsto en el artículo 97 del Decreto 633 de 1993, contentivo del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Precisamente, en la sentencia CSJ SL4426-2019, expresó:

De otra, porque la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)"[1]

Ahora bien, en lo que respecta a la falta de vicios en el consentimiento en el negocio celebrado entre la actora y el fondo de pensiones, es menester precisar que:

"la reacción el ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/ 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, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

Por lo expuesto, 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.

(...) Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos."[2]

Posición esta, que fue replicada en la pluricitada sentencia de tutela CSJ STL8125-2020, con lo que no es posible aplicar dicho argumento, así como tampoco aquel referente a la ratificación del acto por traslado entre administradoras de fondos de pensiones.

---

[1] CSJ STL8125-2020.

[2] CSJ SL1688-2019, SL, 8 may. 2019 rad. 68838.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de las A.F.P. accionadas que hubiesen suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Ahora bien, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, debe anotarse, frente a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual del actor, entre ellos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales si las hubiere, rendimientos financieros, frutos e intereses, y gastos de administración, debe decirse, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL1421-2019, 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."*

Así mismo, en sentencia CSJ SL638-2020, indicó:

> *"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 ello, al tenerse como nunca realizado el traslado, debe la demandada PORVENIR S.A. devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, entre ellos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales si las hubiere, rendimientos financieros, frutos e intereses, y gastos de administración y todas aquellas sumas depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, pues dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social. En estos términos se **adicionará** la sentencia de primera instancia.

Respecto de la excepción de prescripción, la mentada Colegiatura ha dicho que la acción de ineficacia de traslado pensión 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*"[3], por lo que resulta acertada la decisión del juzgador de primera instancia.

Por todo lo anteriormente expuesto, las anteriores consideraciones a juicio de la Sala resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la demandante el 27 de septiembre de 1999, cuando se trasladó del régimen de prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (f.° 68, 72, CD f.° 111), donde se encuentra actualmente afiliada, por lo que dicha administradora deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los aportes, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración y demás sumas que posea la demandante en su

[3] CSJ SL1688-2019.

cuenta. En consecuencia, se **CONFIRMARÁ y ADICIONARÁ** la sentencia de primera instancia.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **PRIMERO** de la sentencia apelada y consultada, proferida el 24 de marzo de 2021, por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de CONDENAR a PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales si las hubiere, frutos, rendimientos financieros, gastos de administración e intereses causados, acorde con lo considerado.

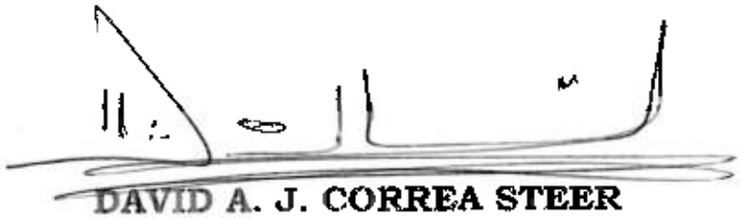
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia consultada y apelada, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

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

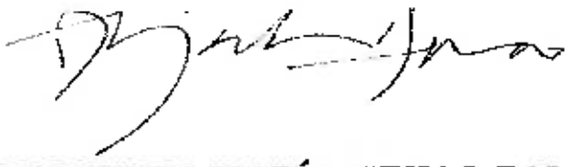
CUARTO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO,** atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **LUZ MARINA FONSECA** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES,** y **PORVENIR SA.**

EXP. 11001 31 05 **017 2019 00106** 01.

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.° 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, respecto de la sentencia proferida el 4 de mayo de 2021, por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declare la ineficacia y consecuente nulidad de la afiliación y traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, realizado el 23 de septiembre de 1998, y por ende, su afiliación se encuentra válida en el R.P.M.P.D. sin solución de continuidad, por faltar al deber de información periódica, de asesoría clara y suficiente, de buen consejo, de conservación del archivo de su información como afiliada.

En consecuencia, se condene a PORVENIR S.A., a retornar a COLPENSIONES, los aportes económicos en la modalidad de cotizaciones realizadas actualmente existentes en su cuenta de ahorro individual, con sus respectivos rendimientos sin descuento económico alguno; a su vez, que se condene a COLPENSIONES a reactivar su afiliación (pág. 5-7 archivo n.° 1).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 21 de enero de 1960; realizó aportes en el extinto I.S.S., desde el 11 de febrero de 1985 hasta el 14 de agosto de 1998, para un total de 183 semanas de cotización; el 23 de septiembre de 1998, se trasladó a COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A., sin que la asesora comercial de dicha A.F.P., le hubiera brindado una información eficiente, que le permitiera conocer el alcance de la decisión que estaba tomando, dado que no le entregó cartillas o instructivo alguno, ni comparativos de beneficios y desventajas en uno y otro régimen, tampoco le entregó proyecciones o cálculos actuariales en relación con el monto de la mesada pensional que recibiría en cada régimen, por lo que se incumplió el deber legal de información, asesoría y buen consejo.

Agregó, que la asesora no le informó acerca de su derecho de retracto, ni que podía hacer aportes superiores a los límites del valor obligado a cotizar con el fin de tener un retiro mayor y anticipado, así que ha estado afiliada a PORVENIR S.A., bajo un estado de desconocimiento de su situación pensional; el 15 de agosto y el 6 de septiembre de 2018, solicitó el traslado a COLPENSIONES; el 19 de octubre y el 8 de noviembre de 2018, manifestó a PORVENIR S.A., su inconformismo con relación a la falta de asesoría de dicha A.F.P. (pág. 7-10 archivo *ídem*).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 18 de mayo de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (pág. 66 archivo *ídem*).

PORVENIR S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones y en su defensa propuso como excepciones de mérito las de cobro de lo no debido, compensación y buena fe (pág. 84-97).

COLPENSIONES, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones y en su defensa propuso como excepciones las denominadas error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido y buena fe (pág. 131-148).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (pág. 82, 83).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 4 de mayo de 2021, declaró la ineficacia del traslado de la

demandante al R.A.I.S., y por consiguiente, no produjo efectos jurídicos, encontrándose válidamente afiliada al R.P.M.P.D.; en consecuencia ordenó a PORVENIR S.A., trasladar la totalidad de los dineros que conforman la cuenta de ahorro individual de la demandante al R.P.M.P.D. administrado por COLPENSIONES, tales como los aportes, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, frutos rendimientos e intereses conforme el artículo 1746 del Código Civil, sin descuento alguno por gastos de administración.

A su vez, ordenó a COLPENSIONES recibir el traslado de dineros, convalidarlos en la historia laboral de la demandante, para efectos de la suma de semanas a que haya lugar en ese régimen pensional, y validar su retorno sin solución de continuidad; y condenó en costas a las demandadas (pág. 240-243 archivo n.° 1. y archivo n.° 3.2.).

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

PORVENIR S.A., sostuvo, que sí se acreditó la información otorgada a la demandante, al firmar el respectivo formulario de afiliación expedido con las formalidades de la normativa vigente para ese momento, en todo caso, para esa época, no existía la obligación legal de dejar constancias de la asesoría brindada, de manera que, el traslado es totalmente válido. Tampoco, resulta viable ordenar devolver todo lo que se encuentra en la cuenta de ahorro individual de la demandante, pues los gastos de administración son incompatibles con el R.P.M.P.D., y estos tienen una destinación diferente a financiar el monto pensional que eventualmente reciba la demandante, quien durante más de 15 años, recibió todos los incrementos y rendimientos de sus aportes, que fueron creciendo sustancialmente, mientras estuvo afiliada al R.A.I.S.

COLPENSIONES, apeló con el argumento de que el traslado de la demandante se efectuó en forma libre, voluntaria y sin presiones; además, conocía las características del régimen al cual se estaba trasladando, y en todo caso, nunca indagó acerva de su propio derecho pensional, quien además, no puede pretender acceder a una prestación dentro del R.P.M.P.D., cuando no ha guardado fidelidad al sistema, de ahí que se vulnere la sostenibilidad financiera del sistema pensional. Finalmente, solicitó ser exonerada de las costas impuestas, por cuanto no tuvo injerencia alguna en el traslado efectuado por la demandante.

V.ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, atendiendo la nueva conformación de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, procedió a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

Lo anterior, atendiendo lo expuesto en las sentencias de tutela n.° CSJ STL, 13 de may. 2020 rad. 59412, y CSJ STL3716-2020, así como también, a la postura del Honorable Magistrado, Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia CSJ STL8125-2020, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, en virtud de los cuales he venido acatando la orden allí impartida, y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar la procedencia de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de la aquí demandante, por falta de información suficiente por parte de las administradoras demandadas. Así como también, si hay lugar o no, a la devolución de los rendimientos y gastos de administración a COLPENSIONES, y si a esta última se le puede exonerar del pago de costas en primera instancia.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: ***i)*** la demandante nació el 21 de enero de 1960 (pág. 63 archivo n° 1, archivo n.° 2); ***ii)*** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 11 de febrero de 1985 hasta el 31 de octubre de 1998, 190.14 semanas (pág. 99-103 archivo n.°1); ***iii)*** que el 23 de septiembre de 1998, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. COLPATRIA, con fecha de efectividad desde 1.° de septiembre de 2001 (pág. 39, 98 archivo *ídem*), y que luego de varias transferencias entre administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad, actualmente, se encuentra vinculada a PORVENIR S.A., donde actualmente se encuentra vinculada con un total de 1198 semanas cotizadas, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral y la certificación que reposan en las páginas 40 a 46, y 104 a 117 de dicho archivo digital.

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

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

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

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

Así las cosas, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Al respecto, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989; reiterada en la CSJ SL, 6 dic. 2011, rad. 31314, dijo:

"Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

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

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

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

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

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

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el

sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

Estos criterios, fueron expuestos en la mentada sentencia de tutela CSJ STL8125-2020, M.P. Doctor Omar Ángel Mejía Amador, la

cual, como en precedencia se dijo, llevó a cambiar el criterio que venía sostenienDo el suscrito frente al tema de las nulidades e ineficacias de traslado de régimen pensional.

En dicha acción constitucional, se adujo:

> *"En este fallo (CSJ SL4426-2019), la Sala precisó que, tratándose de procesos de ineficacia de traslado de régimen pensional, es a la administradora de fondos a la que incumbe demostrar que ha cumplido con sus afiliados el deber de información antes aludido, el cual comprende una descripción de las características de cada uno de los regímenes pensionales en un lenguaje comprensible y de fácil acceso para el afiliado."*

Así las cosas, conforme la jurisprudencia en cita, al alegarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al fondo de pensiones, sin que haga alguna diferencia si la afiliada era o no beneficiaria del régimen de transición, o tenía una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, la demandante, el 23 de septiembre de 1998, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLPATRIA S.A., y, después de varios traslados entre administradoras del R.A.I.S., se encuentra actualmente afiliado a PORVENIR S.A., conforme el formulario de afiliación y traslado allegados al proceso, visible en la página 39 del archivo n.° 1 del expediente digital, el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

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

Y en la acción de tutela, arriba citada, la cual llevó a cambiar el criterio de este Magistrado Sustanciador, se dijo:

"La Sala de Casación Laboral de esta Corte ha establecido que de la simple suscripción del formulario de afiliación no puede deducirse el cumplimiento del deber de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, de conformidad con lo previsto en el artículo 97 del Decreto 633 de 1993, contentivo del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Precisamente, en la sentencia CSJ SL4426-2019, expresó:

De otra, porque la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)"[1]

Ahora bien, en lo que respecta a la falta de vicios en el consentimiento en el negocio celebrado entre la actora y el fondo de pensiones, es menester precisar que:

"la reacción el ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) 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, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

Por lo expuesto, 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

[1] CSJ STL 8125-2020.

dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

(...) Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos."[2]

Posición esta, que fue replicada en la pluricitada sentencia de tutela CSJ STL 8125-2020, con lo que no es posible aplicar dicho argumento, así como tampoco aquel referente a la ratificación del acto por traslado entre administradoras de fondos de pensiones.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de las A.F.P. accionadas que hubiesen suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Ahora bien, debe anotarse, frente a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual del actor, entre ellos, cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, debe decirse, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL1421-2019, 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.

[2] CSJ SL 1688-2019, 8 may. 2019, rad. 68838

"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."

Así mismo, en sentencia CSJ SL638-2020, indicó:

"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 ello, al tenerse como nunca realizado el traslado, debe la demandada PORVENIR S.A. devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, entre ellos, cotizaciones, rendimientos y gastos de administración, pues dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social.

Respecto de la excepción de prescripción, la mentada Colegiatura ha dicho que la acción de ineficacia de traslado pensión 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»*[3], por lo que resulta acertada la decisión del juzgador de primera instancia.

Finalmente, sobre la inconformidad respecto de la condena en costas de las entidades demandadas, encuentra la Sala que, la imposición de ellas a una parte, es una consecuencia implícita al hecho de haber sido vencida en juicio, conforme se estatuye en el

[3] CSJ SL1688-2019.

artículo 365 del Código General del Proceso, tal como sucedió con las A.F.P. demandadas en primera instancia, ya que el *a quo* accedió a las pretensiones de la demanda, de ahí que tal aspecto deba confirmarse la providencia apelada.

Por todo lo anteriormente expuesto, las anteriores consideraciones a juicio de la Sala resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la demandante el 23 de septiembre de 1998, cuando se trasladó del régimen de prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLPATRIA S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (pág. 39, 98 archivo n.°1), así como las sucesivas afiliaciones a otras administradoras del R.A.I.S., por lo que, PORVENIR S.A., administradora a la cual se encuentra actualmente afiliada, deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los aportes, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración que posea la demandante en su cuenta. En consecuencia, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

RESUELVE:

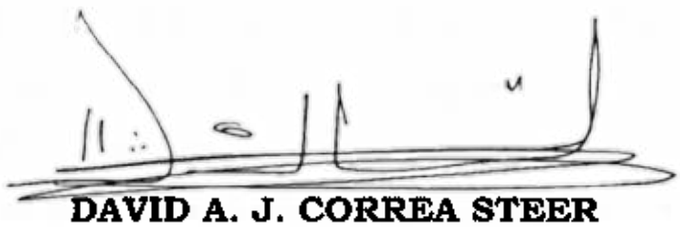
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 4 de mayo de 2021, por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

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

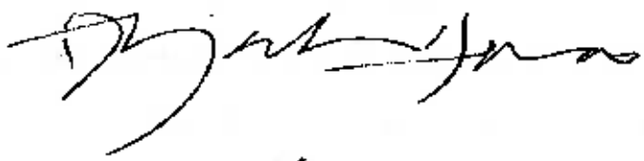
TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO,** atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:
https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/Eu5AubE5a_1PnQhx83UteKDBp_4rx8JxjsL0_LsKDluOaw?e=Q8fXbK

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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **MARILUZ GARAVITO GARCÍA** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES,** y **COLFONDOS S.A.**

EXP. 11001 31 05 **021 2019 00689** 01.

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.° 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por COLFONDOS S.A., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, respecto de la sentencia proferida el 12 de mayo de 2021, por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declare la ineficacia de la afiliación al R.A.I.S., por ende, puede regresar al R.P.M.P.D.; en consecuencia, se condene a COLFONDOS S.A., a trasladar sus aportes a COLPENSIONES, quien a su vez, deberá recibirlos (f.° 3).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que realizó aportes al extinto I.S.S. desde el 5 de octubre de 1987; se afilió a COLFONDOS S.A., en 1994, sin que le hubieran explicado los beneficios y riesgos de trasladarse, por lo que no cumplió con su deber de información y buen consejo, solo le indicaron que el R.A.I.S. sería más beneficioso porque su pensión sería más elevada que en el R.P.M.P.D.; el 13 de agosto de 2019, le explicaron que su pensión sería el equivalente a 1 o 2 SMLMV debido a sus ahorros, por tanto solicitó el traslado al .R.P.M.P.D. ante las dos entidades demandadas, pero el mismo fue negado el 10 de julio y el 13 de agosto de 2019 (f.° 4).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 7 de febrero de 2020, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.° 59).

COLPENSIONES, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones; en su defensa propuso como excepciones las denominadas errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al R.P.M.P.D., prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada,

y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público (CD f.° 63).

COLFONDOS S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones y propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación de la actora, prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado, compensación y pago (CD f.° 70).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.° 60).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 12 de mayo de 2021, declaró ineficaz el traslado efectuado por la demandante el 11 de julio de 1994 ante COLFONDOS S.A., con efectividad a partir del 1.° de agosto de 1994, y por tanto, la afiliación válida es en el R.P.M.P.D.; en consecuencia, ordenó a dicha A.F.P. trasladar las sumas que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante a COLPENSIONES, tales como aportes, cotizaciones, rendimientos, dineros destinados a la garantía de pensión mínima, gastos de administración, sin deducción alguna; así mismo, ordenó a COLPENSIONES, activar la afiliación de la demandante y actualizar su historia laboral; declaró no demostradas las excepciones propuestas y condenó en costas únicamente a COLFONDOS S.A. (f.° 77-80).

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

COLFONDOS S.A., sostuvo, que no resulta viable ordenar la devolución de los gastos de administración, ni el porcentaje destinado a cubrir la garantía de pensión mínima, en la medida en que la entidad ha actuado conforme a la ley y la Constitución, aunado a que el acto que fue declarado ineficaz, acaeció hace más de 20 años, durante los cuales se generó una rentabilidad a la cuenta de la afiliada gracias a una óptima administración de los aportes, aunado a que los gastos de administración son muy inferiores en comparación con los rendimientos obtenidos, de ahí que al ser gastos privados, se debe aplicar lo dispuesto en el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social a las mencionadas sumas; además, porque los gastos de administración tienen una destinación específica con base en lo dispuesto en los Decretos 2550 y 2551 de 2010 y los artículos 60 y 62 de la Ley 100 de 1993.

COLPENSIONES, sostuvo, que de las pruebas allegadas se constata que la demandante se trasladó de régimen de manera voluntaria, libre y sin presiones, conforme lo dispuesto en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, por tanto no probó la existencia de algún vicio en el consentimiento; agregó, que para la época del traslado de la demandante, no era obligatorio brindar información a los afiliados, tal y como se explica en la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015; en todo caso, la demandante no era beneficiaria del régimen de transición, de ahí que no se pueda regresar al R.P.M.P.D. en cualquier tiempo. Así las cosas, considera que el hecho de recibir a una persona que hace 26 años no estaba afiliada al régimen que administra la entidad, se pone en riesgo el sistema pensional y el futuro pago de las pensiones para las personas que siempre cotizaron en el régimen.

Agregó, que en gracia de la discusión, solo podría dar cumplimiento a lo ordenado en la sentencia hasta tanto no sean trasladadas en su totalidad las sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, en forma indexada, sin que sea viable su condena en costas por cuanto no participó en la afiliación que se presume ineficaz, y por el contrario, es un tercero al que se le causaron daños injustificados por un contrato ajeno a la entidad.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, atendiendo la nueva conformación de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, procedió a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

Lo anterior, atendiendo lo expuesto en las sentencias de tutela n.° CSJ STL, 13 de may. 2020 rad. 59412 y CSJ STL3716-2020, así como también, a la postura del Honorable Magistrado, Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia CSJ STL8125-2020, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, en virtud de los cuales he venido acatando la orden allí impartida, y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá

como problema jurídico, el verificar la procedencia de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de la aquí demandante, por falta de información suficiente por parte de las administradoras demandadas. Así como también, si hay lugar o no, a la devolución de los rendimientos y gastos de administración a COLPENSIONES.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: ***i)*** la demandante nació el 11 de septiembre de 1968 (f.° 37); ***ii)*** cotizó al extinto I.S.S. entre el 5 de octubre de 1987 y el 31 de julio de 1994, un total de 333 semanas (f.° 38, 39, CD f.° 63); ***iii)*** el 11 de julio de 1994, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. COLFONDOS S.A., con fecha de efectividad desde 1° de agosto de 1994 (f.° 44, CD f.° 70), donde actualmente se encuentra vinculada con un total de 1548.43 semanas cotizadas, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa de f.° 45 a 51 y el medio óptico allegado a f.° 70.

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

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

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100, que, si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación

respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

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

Así las cosas, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Al respecto, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008 rad. 31989 reiterada en la CSJ SL, 6 dic. 2011 rad. 31314, dijo:

> *"Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.*
>
> *Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

Estos criterios, fueron expuestos en la mentada sentencia de tutela CSJ STL8125-2020, M.P. Doctor Omar Ángel Mejía Amador, la cual, como en precedencia se dijo, llevó a cambiar el criterio que venía sosteniendo el suscrito frente al tema de las nulidades e ineficacias de traslado de régimen pensional.

En dicha acción constitucional, se adujo:

"En este fallo (CSJ SL4426-2019), la Sala precisó que, tratándose de procesos de ineficacia de traslado de régimen pensional, es a la administradora de fondos a la que incumbe demostrar que ha cumplido con sus afiliados el deber de información antes aludido, el cual comprende una descripción de las características de cada uno de los regímenes pensionales en un lenguaje comprensible y de fácil acceso para el afiliado."

Así las cosas, conforme la jurisprudencia en cita, al alegarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al fondo de pensiones, sin que haga alguna diferencia si la afiliada era o no beneficiaria del régimen de transición, o tenía una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, la demandante, el 11 de julio de 1994 , se trasladó al régimen de ahorro

individual con solidaridad administrado por Colfondos S.A., conforme el formulario de afiliación y traslado allegado al proceso, visible a folio 44 y CD f.° 70, el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

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

Y en la acción de tutela, arriba citada, la cual llevó a cambiar el criterio de este Magistrado Sustanciador, se dijo:

> *"La Sala de Casación Laboral de esta Corte ha establecido que de la simple suscripción del formulario de afiliación no puede deducirse el cumplimiento del deber de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, de conformidad con lo previsto en el artículo 97 del Decreto 633 de 1993, contentivo del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Precisamente, en la sentencia CSJ SL4426-2019, expresó:*
>
> *De otra, porque la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)"*[1]

Ahora bien, en lo que respecta a la falta de vicios en el consentimiento en el negocio celebrado entre la actora y el fondo de pensiones, es menester precisar que:

> *"la reacción el ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) 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, salvo en lo relativo a sus*

[1] CSJ STL8125-2020.

consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

Por lo expuesto, 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.

(...) Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos."[2]

Posición esta, que fue replicada en la pluricitada sentencia de tutela CSJ STL8125-2020, con lo que no es posible aplicar dicho argumento, así como tampoco aquel referente a la ratificación del acto por traslado entre administradoras de fondos de pensiones.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de las A.F.P. accionadas que hubiesen suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Ahora bien, debe anotarse, frente a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual del actor, entre ellos, cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, debe decirse, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL1421-2019, 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.

[2] CSJ SL1688-2019, SL, 8 may. 2019 rad. 68838.

"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."

Así mismo, en sentencia CSJ SL638-2020, indicó:

"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 ello, al tenerse como nunca realizado el traslado, debe la demandada COLFONDOS S.A. devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, entre ellos, cotizaciones, rendimientos y gastos de administración, pues dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social.

Respecto de la excepción de prescripción, la mentada Colegiatura ha dicho que la acción de ineficacia de traslado pensión 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»*[3], por lo que resulta acertada la decisión de la juzgadora de primera instancia.

Por todo lo anteriormente expuesto, las anteriores consideraciones a juicio de la Sala resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la demandante el 11 de

[3] CSJ SL1688-2019.

julio de 1994 , cuando se trasladó del régimen de prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (f.° 44, CD f.° 70), donde se encuentra actualmente afiliada, por lo que dicha administradora deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los aportes, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración y demás sumas que posea la demandante en su cuenta. En consecuencia, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

RESUELVE:

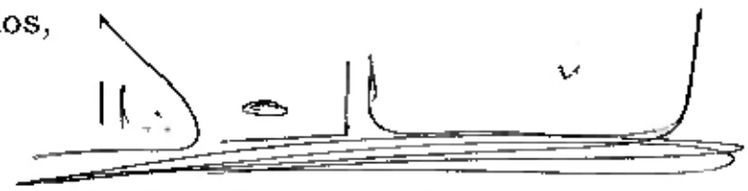
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 12 de mayo de 2021, por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

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

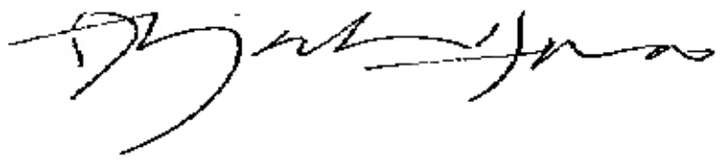
TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO,** atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

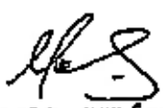
Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:
https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EhEUoMBmHtNJgXSpvVcaFEIBqysdIFEflycl_AlaEdBWPw?e=OnRqdm

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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **YANETH LONDOÑO MUÑOZ** contra **COLPENSIONES**, y **PROTECCIÓN S.A.**, **PORVENIR S.A.** y **COLFONDOS S.A.**

EXP. 11001 31 05 **023 2019 00558** 01.

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el articulo 15 del Decreto n.° 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones, y surtir el grado jurisdiccional de consulta en su favor, respecto de la sentencia proferida el 5 de febrero de 2021, por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declarara la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, por existir un engaño y asalto en su buena fe, debido a la falta de información profesional, veraz, pertinente, objetiva, comprensible, clara y precisa, lo que vició su consentimiento.

Consecuencialmente, que se ordenara a las demandadas, a trasladarle a Colpensiones la totalidad de dinero que se encontrara depositado en su cuenta de ahorro individual, y a Colpensiones a realizar todas las gestiones pertinentes encaminadas a anular el traslado de régimen efectuado el día 1.° de octubre de 1999, del extinto I.S.S. a Protección S.A.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 11 de julio de 1962; que realizó aportes en el extinto I.S.S., desde el 29 de agosto de 1989; que se trasladó a Protección S.A., el 1.° de octubre de 1999, con 486 semanas de cotización el régimen de prima media con prestación definida; posteriormente, se trasladó a Porvenir S.A., Old Mutual S.A., y Colfondos S.A., y que su decisión no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte de éstas.

Sostuvo, que para el 30 de junio de 2019, cotizó un total de 1526.57 semanas; que la última A.F.P. a la que estuvo afiliada, esto es, Old Mutual S.A., no le informó sobre la imposibilidad de trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad exigida para acceder a su derecho a la pensión, y que el 8 de agosto de 2019, solicitó tanto a los fondos privados como a Colpensiones, que efectuaran su traslado al régimen de prima media con prestación definida.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 17 de octubre de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.° 105). Igualmente, mediante auto de 3 de septiembre de 2020, se dispuso admitir la demanda contra Colfondos S.A., debido a que por un error involuntario dicha A.F.P. no fue mencionada en el proveído anterior (f.° 294).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones. En su defensa propuso las excepciones de cobro de lo no debido, prescripción, falta de causa para demandar, presunción de legalidad de los actos jurídicos, buena fe en sus actuaciones, inexistencia de la obligación, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 constitucional adicionado por el Acto Legislativo n.° 01 de 2005, hecho de un tercero, y calidades del demandante para conocer las consecuencias de su traslado (f.° 129 - 141).

SKANDIA S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones. Alegó en su favor, las excepciones de cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, no participación ni intervención en el momento de selección de régimen, inhabilitación de la demandante para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al R.A.I.S., ausencia de falta al deber de asesoría e información, supuestos fácticos distintos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante, prescripción y buena fe (f.° 160 - 169).

PORVENIR S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones. Invocó 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 (f.° 215 - 237).

PROTECCIÓN S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones. Propuso 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 al 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 en favor de la A.F.P., e 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 (f.° 241 - 252).

COLFONDOS S.A., contestó que no presentaba oposición frente a la prosperidad de las declaraciones, y en especial a que se declarara la nulidad y/o ineficacia del traslado de la demandante a dicha A.F.P. No obstante, aclaró si oponerse a que fuera condenada en costas, y a lo que resultare probado ultra y extra petita (CD, f.° 300).

La **AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO**, guardó silencio (f.° 287).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá DC., en sentencia de 12 de marzo de 2021, declaró la ineficacia de la afiliación o traslado de la demandante al R.A.I.S.; condenó a Porvenir S.A., a devolver a Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido entre el 1.° de

febrero de 2002 al 31 de agosto de 2003, con motivo de la afiliación de la demandante, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia; condenó a Old Mutual S.A., hoy Skandia S.A., a devolverle a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido entre el 1.° de septiembre de 2003 al 30 de septiembre de 2010, y del 1.° de enero de 2013 al 31 de diciembre de 2015, con motivo de la afiliación de la actora; condenó a Colfondos s.a., a devolverle a Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido entre el 1.° de octubre de 2010, y el 31 de diciembre de 2012; condenó a Protección S.A., a devolverle a Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido, con motivo de la afiliación de la demandante; declaró que la demandante se encuentra afiliada al régimen de prima media con prestación definida, administrado por Colpensiones, declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, y condenó en costas a Protección S.A.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

PROTECCIÓN S.A., interpuso recurso de apelación para que se revocara la decisión del juez de condenar a Protección S.A. a trasladarle a Colpensiones los gastos de administración, toda vez que dicha condena significaría un enriquecimiento sin causa para dicha entidad, pues recibiría unos valores que ni siquiera están destinados a financiar la pensión de vejez de la demandante. Por este motivo, solicito que fuera absuelta de devolver los gastos de administración, y solo le fuera ordenado el traslado de la cuenta de ahorro individual de la actora, junto con los rendimientos y el porcentaje correspondiente al fondo de garantías de pensión mínima.

Indicó, que tenía derecho a conservar la comisión de la administración por su buena gestión respecto de los rendimientos

obrantes en la cuenta de ahorro individual de la actora.

Agregó, que la prima al seguro previsional ya había sido girada a la aseguradora respectiva, de forma mensual, para que en caso de que existiera un siniestro por sobrevivencia o invalidez, dicha compañía pagara un dinero adicional destinado a financiar las pensiones por estos conceptos, por lo que le resultaba imposible trasladársela a Colpensiones, máxime si se tenía en cuenta que la aseguradora es un tercero de buena fe que nada tuvo que ver entre el negocio suscrito entre la demandante, y la A.F.P.

Dijo, que sobre el 3% destinado al cobro de los gastos de administración, y para el financiamiento de las primas de seguro previsional operó el fenómeno prescriptivo.

PORVENIR S.A., solicitó que fuera revocada la sentencia en su totalidad, y de forma subsidiaria, que no fuera condenada a la devolución de los gastos de administración, ni de la prima del seguro previsional.

Sostuvo, que la afiliación efectuada por la actora al R.A.I.S, y los traslados horizontales de ésta entre aseguradoras, fueron realizados de forma libre y voluntaria, tal y como lo manifestó en su interrogatorio de parte.

Afirmó, que siempre cumplió con el deber de información, y que ello se corroboraba con lo manifestado por la demandante en su interrogatorio de parte, pues hizo alusión a características propias del R.A.I.S.

Señaló, que no existía razón jurídica o fáctica para declarar la nulidad o ineficacia del traslado, máxime cuando con los formularios

suscritos por la actora, se ratificó que hubo asesoría, y que verdadera inconformidad de la actora de su afiliación el R.A.I.S. era el monto de su mesada pensional.

SKANDIA S.A., interpuso recurso de apelación parcial, contra la condena proferida por el juez respecto de la devolución de los gastos de administración a Colpensiones.

Arguyó, que debía tenerse que el Decreto 3995 de 2008, no indica que los gastos de administración deban ser trasladados cuando se realiza un traslado de régimen, y que de efectuarse el mismo, se generaría un perjuicio económico tanto para ella como para el Sistema General de Pensiones.

COLPENSIONES, solicitó que se revocara la sentencia de primera instancia en su totalidad. Expresó, que no se evidenció vicio de consentimiento alguno o dolo en la decisión de la actora de trasladarse de régimen, pues ésta no contaba con una expectativa legítima, ya que al momento en que se afilió al R.A.I.S., contaba con menos de 750 semanas cotizadas, y le faltaban mas de 25 años para acceder a la pensión de vejez.

Argumentó, que con los 5 traslados efectuados por la actora entre fondos privados se ratificó el negocio jurídico celebrado por ella inicialmente, así como su deseo de permanecer afiliada al R.A.I.S.

Agregó, que no se le suministró información equivocada a la actora sobre las condiciones del traslado, y que su inconformidad radicada en el monto pensional que recibiría en el R.A.I.S. al momento de pensionarse.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, atendiendo la nueva conformación de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, procedió a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

Lo anterior, atendiendo lo expuesto en las sentencias de tutela n.° CSJ STL, 13 de may. 2020 rad. 59412, y CSJ STL3716-2020, así como también, a la postura del Honorable Magistrado, Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia CSJ STL8125-2020, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, en virtud de los cuales he venido acatando la orden allí impartida, y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional dc los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar la procedencia de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de la aquí demandante, por falta de información suficiente por parte de las administradoras demandadas. Así como también, si hay lugar o no, a la devolución de los rendimientos y gastos de administración a Colpensiones.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: ***i)*** la demandante nació el 1.° de julio de 1962 (f.° 11); ***ii)*** que cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 29 de agosto de 1989, hasta el 31 de agosto de 1999, 486.00 semanas (f.° 12); ***iii)*** que el 19

de agosto de 1999, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. Protección S.A., con fecha de efectividad desde 1° de octubre de 1999 (f.° 257, 262); ***iv)*** que el 21 de diciembre de 2001, se trasladó a Porvenir S.A., con fecha de efectividad desde el 1.° de febrero de 2002 (f.° 238 y 262); ***v)*** que el 11 de julio de 2003, se trasladó a Skandia S.A., con fecha de efectividad desde el 1.° de septiembre de 2003 (f.° 175 y 262); ***vi)*** que el 12 de agosto de 2010, se trasladó a Colfondos S.A., con fecha de efectividad desde el 1.° de octubre de 2010 (f.° 262 y CD, f.° 300); ***vii)*** que el 26 de noviembre de 2012, nuevamente se trasladó a Skandia S.A., con fecha de efectividad desde el el 1.° de enero de 2013 (f.° 176 y 262), ***viii)*** y que el 9 de noviembre de 2015, nuevamente se trasladó a Protección S.A. (f.° 262), por lo que es claro que la actora hizo varios traslados entre administradoras del R.A.I.S., encontrándose afiliada actualmente a este último, con un total de 1552.28 semanas cotizadas al sistema general de pensiones, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa de f.° 264 a 271.

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

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

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100, que, si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e

instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

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

Así las cosas, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Al respecto, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989; reiterada en la CSJ SL, 6 dic. 2011, rad. 31314, dijo:

> *"Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.*
>
> *Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas*

que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

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

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

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

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

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

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

No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el

demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña."

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

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

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

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

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

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

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

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

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

Estos criterios, fueron expuestos en la mentada sentencia de tutela CSJ STL8125-2020, M.P. Doctor Omar Ángel Mejia Amador, la cual, como en precedencia se dijo, llevó a cambiar el criterio que venía sosteniendo el suscrito frente al tema de las nulidades e ineficacias de traslado de régimen pensional.

En dicha acción constitucional, se adujo:

"En este fallo (CSJ SL4426-2019), la Sala precisó que, tratándose de procesos de ineficacia de traslado de régimen pensional, es a la administradora de fondos a la que incumbe demostrar que ha cumplido con sus afiliados el deber de información antes aludido, el cual comprende una

descripción de las características de cada uno de los regímenes pensionales en un lenguaje comprensible y de fácil acceso para el afiliado."

Así las cosas, conforme la jurisprudencia en cita, al alegarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al fondo de pensiones, sin que haga alguna diferencia si la afiliada era o no beneficiaria del régimen de transición, o tenía una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, la demandante, el 19 de agosto de 1999, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PROTECCIÓN S.A., conforme el formulario de afiliación y traslado allegado al proceso, visible a f.° 157, el cual, si bien refieren que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

Y en la acción de tutela, arriba citada, la cual llevó a cambiar el criterio de este Magistrado Sustanciador, se dijo:

"La Sala de Casación Laboral de esta Corte ha establecido que de la simple suscripción del formulario de afiliación no puede deducirse el cumplimiento del deber de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, de conformidad con lo previsto en el artículo 97 del Decreto 633 de 1993, contentivo del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Precisamente, en la sentencia CSJ SL4426-2019, expresó:

De otra, porque la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)"[1]

Ahora bien, en lo que respecta a la falta de vicios en el consentimiento en el negocio celebrado entre la actora y el fondo de pensiones, es menester precisar que:

"la reacción el ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/ 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, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

Por lo expuesto, 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.

(...) Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos."[2]

Posición esta, que fue replicada en la pluricitada sentencia de tutela CSJ STL 8125-2020, con lo que no es posible aplicar dicho

[1] CSJ STL 8125-2020.
[2] CSJ SL 1688-2019, 8 may. 2019, rad. 68838

argumento, así como tampoco aquel referente a la ratificación del acto por traslado entre administradoras de fondos de pensiones.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de las A.F.P. accionadas que hubiesen suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Ahora bien, debe anotarse, frente a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual del actor, entre ellos, cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, debe decirse, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL1421-2019, 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."*

Así mismo, en sentencia CSJ SL638-2020, indicó:

> *"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 ello, al tenerse como nunca realizado el traslado, debe la demandada Protección S.A. devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, entre ellos, cotizaciones, rendimientos y gastos de administración, pues dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social.

Respecto de la excepción de prescripción, la mentada Colegiatura ha dicho que la acción de ineficacia de traslado pensión 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»*"[3], por lo que resulta acertada la decisión del juzgador de primera instancia.

Por todo lo anteriormente expuesto, las anteriores consideraciones a juicio de la Sala resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la demandante el 19 de agosto de 1999, cuando se trasladó del régimen de prima media con prestación definida, administrado por Colpensiones, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Protección S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (f.° 257), por lo que, Protección S.A., administradora a la cual se encuentra actualmente afiliada, deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los aportes, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración que posea al demandante en su cuenta. En consecuencia, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**

[3] CSJ SL1688-2019.

D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

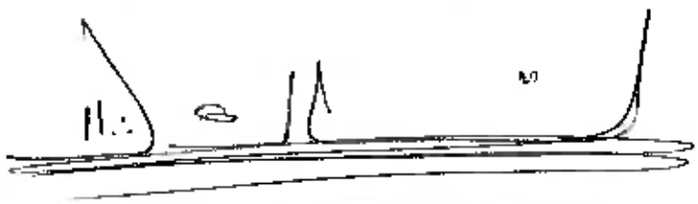
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 12 de marzo de 2021, por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

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

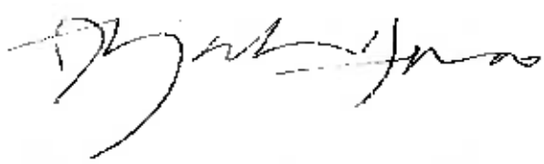
TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO,** atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **CRISANTO LÓPEZ RAMÍREZ** contra **COLPENSIONES**, y **PROTECCIÓN S.A.**

EXP. 11001 31 05 **027 2019 00318** 01.

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.° 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones, y surtir el grado jurisdiccional de consulta en su favor, respecto de la sentencia proferida el 5 de febrero de 2021, por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, que se declarara la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado

el día 1.° de diciembre de 1998, por existir un engaño y asalto en su buena fe, debido a la falta de información profesional, veraz, pertinente, objetiva, comprensible, clara y precisa, lo que vició su consentimiento; en consecuencia, que se ordenara a las demandadas a realizar todas las gestiones administrativas pertinentes para anular el traslado de régimen; a Protección S.A., a trasladar a Colpensiones la totalidad de dineros que se encontraran depositados en la cuenta de ahorro individual del demandante, y a Colpensiones a recibirlo como afiliado sin solución de continuidad, y a corregir su historia laboral.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 15 de febrero de 1956; que realizó aportes en el extinto I.S.S., desde el 15 de noviembre de 1971 hasta el 31 de agosto de 1998,; que el 1.° de diciembre de 1998, mientras se encontraba trabajando para el Consorcio C.E.C., se trasladó a Protección S.A., con 870 semanas cotizadas en el régimen de prima media con prestación definida, y que esa aparente decisión libre y voluntaria, no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte del fondo privado.

Sostuvo, que Protección S.A. no le informó sobre el año de gracia concedido en el artículo 2.° de la Ley 797 de 2003, reglamentado por el artículo 1.° del Decreto 3800 de 2003, el cual permitía que los afiliados pudieran trasladarse de régimen pensional, por única vez antes del 28 de enero de 2004, ni de la imposibilidad de trasladarse cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad mínima para adquirir el derecho a la pensión.

Informó, que ha cotizado un total de 1.622 semanas en el sistema general de pensiones; que al realizar una proyección de su mesada pensional en ambos regímenes, se percató de que en el R.A.I.S, esta sería de 737.717 para el año 2018, mientras que en el

R.P.M. sería de 1.754.288 para esa misma anualidad, y que el día 8 de agosto de 2017, elevó derecho de petición ante las demandadas para solicitar la nulidad del traslado de régimen efectuado por él, el día 1.° de diciembre de 1998 (f.° 3 - 20).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 5 de agosto de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.° 75).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones. En su defensa, propuso las excepciones de descapitalización del sistema pensional, inexistencia de derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público (f.° 87 - 104).

PROTECCIÓN S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra. Alegó en su favor, las excepciones que denominó declaración de manera libre y espontánea del demandante al momento de la afiliación a la A.F.P., buena fe, 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 los derechos de terceros de buena fe, y prescripción (f.° 111 - 116).

La **AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO**, guardó silencio (f.° 137).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 19 de abril de 2021, declaró la ineficacia del traslado efectuada por el actor, del R.P.M. al R.A.I.S.; condenó a Protección S.A., a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración comisiones o aportes al fondo de garantía de pensión mínima; condenó a Colpensiones a tener como válidamente afiliado al señor actor al R.P.M., como si nunca se hubiese traslado, y a recibir los dineros trasladados por Protección S.A.; declaró no probadas las excepciones formuladas por las demandadas, y condenó en costas a Protección S.A. (f.° 138).

IV. RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación para que fuera revocada la sentencia en su totalidad. Argumentó, que el *a quo* erró al acoger la tesis de la H. Corte Suprema de Justicia de declarar ineficaz el acto del traslado de régimen por falta al deber de información, por cuanto en el presente caso, el demandante manifestó en su interrogatorio de parte, que no había firmado nunca el formulario de afiliación a Protección S.A., motivo por el cual no podía declararse ineficaz un acto que ni siquiera existió.

Señaló, que como el órgano de cierre ha indicado que la carga de la prueba respecto del cumplimiento del deber de información le

corresponde a los fondos privados, nada podía hacer la entidad al respecto.

Indicó también, que el actor en su interrogatorio de parte, aseveró que en el 2009, se percató de que la firma obrante en el formulario de afiliación no era la de él, y que en ese instante se enteró que de que no estaba afiliado al extinto I.S.S., por lo que a partir de ese momento debía empezarse a contabilizar la prescripción trienal de que trata el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo, para ejercer la acción de ineficacia.

Rogó, que se tuviera en cuenta la descapitalización del sistema, que se podía demostrar con lo afirmado por el actor en su escrito de demanda, respecto de la mesada pensional que percibiría en cada uno de los régimenes pensionales, y con las operaciones aritméticas que demuestran lo que le constaría a Colpensiones, asumir la pensión del actor, de acuerdo con la expectativa de vida de éste.

PROTECCIÓN S.A., interpuso recurso de apelación para que fuera revocada la sentencia de manera parcial.

Solicitó, que se modificara la sentencia únicamente en el sentido de revocar la condena de devolver los dineros cobrados por concepto de gastos de administración, y el pago de pólizas de seguros previsionales contratados por ella, por cuanto la misma era totalmente improcedente, toda vez que la orden proferida por el *a quo* iba en contravía de lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7.° de la Ley 197 de 2003, el cual dispuso el pago de gastos en los que incurre el fondo de pensiones para administrar los recursos consignados en la cuenta de ahorro individual.

Manifestó, que no se podía desconocer el trabajo del fondo, porque sin él no hubiesen frutos ni intereses que reclamar, y que este no podía hacerse de forma gratuita, máxime cuando tuvo que sufragar los costos por concepto de honorarios que se cancelaron a los funcionarios que hicieron lo posible por hacer una buena gestión de administración, de los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual del demandante.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, atendiendo la nueva conformación de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, procedió a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

Lo anterior, atendiendo lo expuesto en las sentencias de tutela n.° CSJ STL, 13 de may. 2020 rad. 59412, y CSJ STL3716-2020, así como también, a la postura del Honorable Magistrado, Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia CSJ STL8125-2020, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, en virtud de los cuales he venido acatando la orden allí impartida, y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar la procedencia de declarar la

ineficacia del traslado de régimen pensional de la aquí demandante, por falta de información suficiente por parte de las administradoras demandadas. Así como también, si hay lugar o no, a la devolución de los rendimientos y gastos de administración a Colpensiones.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: ***i)*** el demandante nació el 15 de febrero de 1956 (f.° 9); ***ii)*** que cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 15 de noviembre de 1971 hasta el 31 de diciembre de 1994, 690 semanas (f.° 11 - 19); ***iii)*** y que el 1.° de diciembre de 1998, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. Colmena S.A., hoy Protección S.A., con fecha de efectividad desde 1° de febrero de 1999 (Expediente administrativo, f.° 87 y f.° 134), donde actualmente se encuentra vinculado con un total de 1476.29 semanas cotizadas, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa de f.° 117 a f.° 132.

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

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

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100, que, si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación

respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

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

Así las cosas, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Al respecto, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989; reiterada en la CSJ SL, 6 dic. 2011, rad. 31314, dijo:

> *"Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.*
>
> *Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda*

el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

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

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

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

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

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

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

No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de

manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña."

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

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

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

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

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

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

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

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

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

Estos criterios, fueron expuestos en la mentada sentencia de tutela CSJ STL8125-2020, M.P. Doctor Omar Ángel Mejía Amador, la cual, como en precedencia se dijo, llevó a cambiar el criterio que venía sosteniendo el suscrito frente al tema de las nulidades e ineficacias de traslado de régimen pensional.

En dicha acción constitucional, se adujo:

"En este fallo (CSJ SL4426-2019), la Sala precisó que, tratándose de procesos de ineficacia de traslado de régimen pensional, es a la administradora de fondos a la que incumbe demostrar que ha cumplido con sus afiliados el deber de información antes aludido, el cual comprende una

descripción de las características de cada uno de los regímenes pensionales en un lenguaje comprensible y de fácil acceso para el afiliado."

Así las cosas, conforme la jurisprudencia en cita, al alegarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al fondo de pensiones, sin que haga alguna diferencia si la afiliada era o no beneficiaria del régimen de transición, o tenía una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, el demandante, el 1.° de diciembre de 1998, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PROTECCIÓN S.A., conforme a lo admitido por la sociedad demandada en su contestación (f.° 112), por cuanto no fue aportado el formulario de afiliación y traslado por ninguna de las partes.

Debe aclararse que pese a que Protección S.A., afirmó en la contestación de la demanda, que el día 1.° de diciembre de 1998, el actor suscribió de forma libre y voluntaria el formulario de vinculación a dicha A.F.P., éste, en su interrogatorio de parte manifestó no haber conocido ni firmado el referido formulario.

No obstante, la orfandad probatoria respecto lo acaecido con la firma del formulario de vinculación por parte del actor, toda vez que no hay prueba alguna más allá de lo dicho por cada una de las partes, no es óbice para desconocer la postura adoptada por la Sala de Casación Laboral de la Corte suprema de justicia, en sentencia CSJ-SL1688 de 2019, pues independientemente de que el actor haya firmado o no dicho formulario, lo cierto es que su simple firma no ratificaba que la afiliación efectuada a Protección S.A., se haya hecho

de forma libre y voluntaria. Para mayor ilustración, se trae a colación lo dicho en la pluricitada sentencia CSJ1688 de 2019:

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

Y en la acción de tutela, arriba citada, la cual llevó a cambiar el criterio de este Magistrado Sustanciador, se dijo:

> *"La Sala de Casación Laboral de esta Corte ha establecido que de la simple suscripción del formulario de afiliación no puede deducirse el cumplimiento del deber de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, de conformidad con lo previsto en el artículo 97 del Decreto 633 de 1993, contentivo del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Precisamente, en la sentencia CSJ SL4426-2019, expresó:*
>
> *De otra, porque la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)"*[1]

Ahora bien, en lo que respecta a la falta de vicios en el consentimiento en el negocio celebrado entre la actora y el fondo de pensiones, es menester precisar que:

> *"la reacción el ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) 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, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.*

[1] CSJ STL 8125-2020.

Por lo expuesto, 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.

(...) Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos."[2]

Posición esta, que fue replicada en la pluricitada sentencia de tutela CSJ STL 8125-2020, con lo que no es posible aplicar dicho argumento, así como tampoco aquel referente a la ratificación del acto por traslado entre administradoras de fondos de pensiones.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la A.F.P. accionada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Ahora bien, debe anotarse, frente a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual del actor, entre ellos, cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, debe decirse, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL1421-2019, 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

[2] CSJ SL 1688-2019, 8 may. 2019, rad. 68838

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."

Así mismo, en sentencia CSJ SL638-2020, indicó:

"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 ello, al tenerse como nunca realizado el traslado, debe la demandada Protección S.A. devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, entre ellos, cotizaciones, rendimientos y gastos de administración, pues dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social.

Respecto de la excepción de prescripción, la mentada Colegiatura ha dicho que la acción de ineficacia de traslado pensión 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»*[3], por lo que resulta acertada la decisión del juzgador de primera instancia.

Por todo lo anteriormente expuesto, las anteriores consideraciones a juicio de la Sala resultan suficientes para declarar

[3] CSJ SL1688-2019.

la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la demandante el 1.° de diciembre de 1998, cuando se trasladó del régimen de prima media con prestación definida, administrado por Colpensiones, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Protección S.A., conforme a lo admitido por la demandada en su contestación (f.° 112) por lo que, Protección S.A., administradora a la cual se encuentra actualmente afiliada, deberá trasladar a Colpensiones todos los aportes, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración que posea al demandante en su cuenta. En consecuencia, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

RESUELVE:

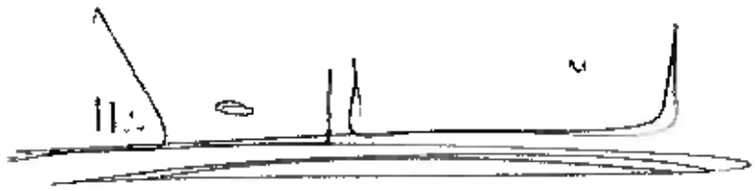
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 19 de abril de 2021, por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

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

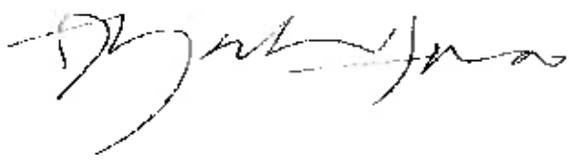
TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO,** atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **MARTHA ROSA QUIÑONES AGUILAR** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, COLFONDOS S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.**

EXP. 11001 31 05 **029 2019 00469** 01.

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.° 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuestos por la demandante contra la sentencia absolutoria proferida el 12 de mayo de 2021, por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declare la ineficacia de la afiliación y traslado realizados el 17 de marzo de 1997 al R.A.I.S. administrado por COLFONDOS S.A., así como la ineficacia de la afiliación a PROTECCIÓN S.A., efectuada el 22 de diciembre de 1999; en consecuencia, se ordene a dicha A.F.P., trasladar a COLPENSIONES los aportes que se encuentren en su cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos e intereses, y a su vez, se ordene a COLPENSIONES, recibirla e incluir en su historia laboral las semanas que correspondan a los períodos de tiempo cotizados en el RAIS (f.° 91).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 22 de junio de 1959; realizó aportes en el extinto I.S.S. desde el 9 de julio de 1985; en marzo de 1997, COLFONDOS S.A., la trasladó al R.A.I.S. dado que varios asesores de dicha A.F.P. visitaron la empresa PRICE WATER HOUSE COOPERS, para la cual trabajaba en el momento, con el fin de dar una charla informativa sobre las ventajas de trasladarse a dicha A.F.P., por lo que le indicaron que el I.S.S. se iba a liquidar, y que el fondo privado le ofrecía la posibilidad de pensionarse a menor edad y con una mejor pensión de la que podría recibir en el I.S.S.

Sin embargo, adujo que nunca le hablaron acerca de las características, condiciones, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, ni la forma de cómo sería liquidada su mesada pensional; tampoco fue informada acerca de las consecuencias legales de su traslado, ni los tiempos en los cuales podría regresarse al R.P.M.P.D.; que no fue informada acerca de las modalidades pensionales del R.A.I.S., ni cómo se distribuían las

cotizaciones o que las mismas fueran invertidas en distintos niveles de riesgo; no le informaron cómo podía pensionarse anticipadamente, ni le aportaron esquemas comparativos en relación con las distintas administradoras, ni una proyección de la mesada pensiona, a pesar de que conocían el I.B.C. al momento del traslado.

Agregó, que en diciembre de 1999, se trasladó a PROTECCIÓN S.A., pero dicha entidad tampoco le informó acerca de los mencionados aspectos importantes en relación con su futuro y situación pensional; en julio de 2018, solicitó el reconocimiento de la pensión a PROTECCIÓN S.A., así que dicha entidad le suministró una simulación en donde se le indicó que recibiría una mesada equivalente a $2.823.548 en el R.A.I.S., mientras que en el R.P.M.P.D. una de $7.065.041, por lo que el 12 de septiembre siguiente, solicitó a COLFONDOS S.A., a PROTECCIÓN S.A. y a COLPENSIONES la anulación de su afiliación y traslado de régimen, pero las solicitudes fueron negadas en comunicaciones del 25 de septiembre, 2 de octubre, sin recibir respuesta por parte de COLPENSIONES (f.° 91-94).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 6 de agosto de 2019, quien ordenó su notificación y traslado a las demandadas (f.° 105).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, señaló que una vez analizados los hechos y pretensiones, no intervendrá ni se pronunciará en el proceso, sin perjuicio de las facultades previstas por el legislador en el artículo 610 del Código General del Proceso (f.° 109-110).

COLPENSIONES, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones y en su defensa propuso como excepciones las de inexistencia del derecho y de la obligación, falta de causa y título para pedir, cobro de lo no debido, prescripción y buena fe (f.° 127-131).

PROTECCIÓN S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones y en su defensa propuso como excepciones de mérito las de prescripción, falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional o la comisión de administración cuando se declara la nulidad /ineficacia de la afiliación porque afecta derechos de terceros de buena fe, y reconocimiento de restitución mutua en favor de la A.F.P., (f.° 175-187).

COLFONDOS S.A., para oponerse a lo pretendido excepcionó inexistencia de la obligación, falta de causa y objeto, pago, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicio del consentimiento, validez de la afiliación al R.A.I.S., ratificación de la afiliación de la actora al fondo, prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado, y compensación (f.° 196-209 y CD f.° 216).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 12 de mayo de 2021, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir propuesta por Protección y en consecuencia, absolvió a las demandadas de la totalidad de las pretensiones incoadas en su contra, sin imponer costas a cargo de las partes, tras considerar que si bien el formulario no prueba la información que se le dio a la afiliada en el momento de su traspaso

de régimen, lo cierto es que por una parte, para la época del traslado, solamente existía el deber de información por parte de las administradoras de pensiones, el cual no cumplió COLFONDOS S.A.; sin embargo, sí se corrió con la carga de la prueba por parte de la demandada para establecer que el 7 de junio de 2005, la demandante recibió una reasesoría, en el que se le indicó el monto de su mesada pensional, lo que bastaba para tomar la decisión de regresarse al R.P.M.P.D. por cuanto en dicha época contaba con 45 años de edad y por lo tanto, no tenía prohibición legal alguna de hacerlo y no lo hizo, para lo cual se basó en lo dispuesto en la sentencia CSJ SL1688-2019 (f.° 229,230).

IV.RECURSO DE APELACIÓN

La **DEMANDANTE**, apeló con el argumento de que al margen de que la doble asesoría la hubiera recibido cuando tenía 45 años de edad, ninguno de los fondos demandados le informaron que podría trasladarse de nuevo al R.P.M.P.D. antes de cumplir los 47 años de edad, aunado a que cuando le mostraron la proyección pensional, dichos valores no concuerdan con lo que le indicaron en las reclamaciones iniciales, ni en las contestaciones de la demanda, pues en la realidad el monto que recibiría por COLPENSIONES como mesada pensional, sería de $7.000.000, mientras que en el R.A.I.S. recibiría $2.800.000.

Insistió, en que no le efectuaron una simulación de la mesada pensional, ni le indicaron las modalidades de pensión, y tampoco le hicieron comparativos pensionales entre uno y otro régimen; de manera que ni en el primer traslado, ni en la afiliación del año 2005, se configuró una información completa acerca de las características de cada régimen pensional.

V.ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, atendiendo la nueva conformación de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, procedió a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

Lo anterior, atendiendo lo expuesto en las sentencias de tutela n.° CSJ STL, 13 de may. 2020 rad. 59412 y CSJ STL3716-2020, así como también, a la postura del Honorable Magistrado, Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia CSJ STL8125-2020, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, en virtud de los cuales he venido acatando la orden allí impartida, y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

VI.CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar la procedencia de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de la aquí demandante, por falta de información suficiente por parte de las administradoras demandadas.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: ***i)*** la demandante nació el 22 de junio de 1959 (f.° 3); ***ii)*** cotizó en el extinto ISS entre el 9 de julio de 1985 y el 31 de marzo de 1997, 427.14 semanas (f.° 5, 156); ***iii)*** que el 17 de marzo de 1997, se trasladó al

régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. COLFONDOS S.A., con fecha de efectividad desde 31 de enero de 2000 (f.° 17, 157), y que luego de varias transferencias entre administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad (f.° 17, 18, 151, 155 vto, 157), actualmente se encuentra vinculada a Protección SA, donde actualmente se encuentra vinculada, con un total de 1588.56 semanas cotizadas, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa de f.° 4 a 11 y 158 a 168.

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

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

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

El inciso 1.° del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladaran del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, que deberían entregar una comunicación escrita, donde constara que

la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, y el inciso 7.° del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera 'preimpresa' en el formulario de vinculación, de que la decisión que está tomando el afiliado es libre, espontánea y sin presiones, norma esta, que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

Así las cosas, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Al respecto, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008 rad. 31989 reiterada en la CSJ SL, 6 dic. 2011 rad. 31314, dijo:

> *"Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.*
>
> *Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.*
>
> *La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.*
>
> *La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
>
> *Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

Estos criterios, fueron expuestos en la mentada sentencia de tutela CSJ STL8125-2020, M.P. Doctor Omar Ángel Mejia Amador, la cual, como en precedencia se dijo, llevó a cambiar el criterio que venia sosteniendo el suscrito frente al tema de las nulidades e ineficacias de traslado de régimen pensional.

En dicha acción constitucional, se adujo:

> *"En este fallo (CSJ SL4426-2019), la Sala precisó que, tratándose de procesos de ineficacia de traslado de régimen pensional, es a la administradora de fondos a la que incumbe demostrar que ha cumplido con sus afiliados el deber de información antes aludido, el cual comprende una descripción de las características de cada uno de los regímenes pensionales en un lenguaje comprensible y de fácil acceso para el afiliado."*

Así las cosas, conforme la jurisprudencia en cita, al alegarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al fondo de pensiones, sin que haga alguna diferencia si la afiliada era o no beneficiaria del régimen de transición, o tenía una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, la demandante, el 17 de marzo de 1997, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS S.A., (f.° 17), y, después de varios traslados entre administradoras del R.A.I.S., se encuentra actualmente afiliado a PROTECCIÓN S.A., conforme los formularios de afiliación y traslado allegados al proceso, visibles a folios 17, 18, 151, 155 vto, 157 los cuales, si bien refieren que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

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

Y en la acción de tutela, arriba citada, la cual llevó a cambiar el criterio de este Magistrado Sustanciador, se dijo:

> *"La Sala de Casación Laboral de esta Corte ha establecido que de la simple suscripción del formulario de afiliación no puede deducirse el cumplimiento del deber de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, de conformidad con lo previsto en el artículo 97 del Decreto 633 de 1993, contentivo del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Precisamente, en la sentencia CSJ SL4426-2019, expresó:*
>
> *De otra, porque la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)"*[1]

Ahora bien, en lo que respecta a la falta de vicios en el consentimiento en el negocio celebrado entre la actora y el fondo de pensiones, es menester precisar que:

> *"la reacción el ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/ 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, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.*
>
> *Por lo expuesto, 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.*
>
> *(...) Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual*

[1] CSJ STL8125-2020.

que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos."[2]

Posición esta, que fue replicada en la pluricitada sentencia de tutela CSJ STL8125-2020, con lo que no es posible aplicar dicho argumento, así como tampoco aquel referente a la ratificación del acto por traslado entre administradoras de fondos de pensiones.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de las A.F.P. accionadas que hubiesen suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Ahora bien, debe anotarse, frente a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, entre ellos, cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, debe decirse, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL1421-2019, 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."

Así mismo, en sentencia CSJ SL638-2020, indicó:

[2] CSJ SL1688-2019, SL, 8 may. 2019 rad. 68838.

"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 ello, al tenerse como nunca realizado el traslado, debe la demandada PROTECCIÓN S.A. devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, entre ellos, cotizaciones, rendimientos y gastos de administración, pues dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social.

Respecto de la excepción de prescripción, la mentada Colegiatura ha dicho que la acción de ineficacia de traslado pensión 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"*[3].

Por todo lo anteriormente expuesto, las anteriores consideraciones a juicio de la Sala resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la demandante el 17 de marzo de 1997, cuando se trasladó del régimen de prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (f.° 17), por lo que, PROTECCIÓN S.A., administradora a la cual se encuentra actualmente afiliada, deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los aportes, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración que posea la

[3] CSJ SL1688-2019.

demandante en su cuenta. En consecuencia, se **REVOCARÁ** en estos términos la sentencia de primera instancia.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 12 de mayo de 2021, por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., para en su lugar, **DECLARAR** la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por Martha Rosa Quiñones Aguilar, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado el 17 de marzo de 1997, a través de la A.F.P. COLFONDOS S.A., de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, **CONDENAR** a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES, aquellos valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, en su cuenta de ahorro individual como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales si las hubiere, rendimientos financieros, frutos e intereses, y gastos de administración, conforme lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,

DAVID A. J. CORREA STEER

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:
https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EsMjoWrFoUhPsMXiZl1wPVwB5oKpKchXLbdgtF-CntCRrw?e=bb4dPw

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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **MARÍA CAROLINA GARCÍA VILLANUEVA** contra **CENTROS M.D. COLOMBIA S.A.S.**

EXP. 11001 31 05 **008 2015 00099 01**

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.° 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 12 de noviembre de 2020, por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante que se declarara la existencia de un contrato de trabajo suscrito con la demandada, y que dicha relación laboral término sin justa causa imputable al empleador. Consecuencialmente, que se condenara a la demandada al pago de las prestaciones sociales; las indemnizaciones previstas en los artículos 64, 65 y 239 del Código Sustantivo del Trabajo; lo que resultare probado ultra y extra petita, y las costas del proceso.

Para el efecto, manifestó que el 23 de diciembre de 2013, suscribió un contrato de prestación de servicios con la demandada, para desempeñarse en el cargo de auxiliar contable en las instalaciones de la empresa; que como remuneración se pactó la suma de $800.000; que se estipuló que el contrato tendría una duración de 3 meses, y que la labor que le fue encomendada la ejecutó de forma personal, en cumplimiento de un horario, y de las ordenes que le daba la empresa.

Señaló, que se encontraba bajo la subordinación de la señora Sandra Patricia González, quien se desempeñaba como la contadora pública de la empresa; que fue victima de acoso laboral por parte de dicha funcionaria, así como que ésta, el día 9 de enero de 2014, le expresó que no se volviera a aparecer en la empresa; que el día 14 de enero de 2014, recibió un correo electrónico del Gerente General Michael F. Hines, en donde se le notificaba de la terminación del contrato de prestación de servicios, por no haberse presentado a cumplir con sus labores el día 9 de enero de 2014; que en la misiva de terminación se alegó un supuesto incumplimiento de un horario laboral, y que el día 8 de diciembre de 2013, se realizó una prueba de sangre en el Laboratorio Clínico Bioandes E.U., la cual arrojó un

resultado positivo de embarazo, por lo que para el momento de la desvinculación tenía aproximadamente 8 semanas de gestación.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Previa subsanación, la demanda se admitió el 24 de agosto de 2015, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (f.° 42).

CENTROS M.D. COLOMBIA S.A.S., se opuso a todas y cada una de las pretensiones alegadas por la actora. Aseveró, que jamás existió una relación laboral con ésta, por lo que no era procedente el pago de las prestaciones sociales, ni de los aportes a la seguridad social, y que no le adeudaba ninguna de las indemnizaciones pedidas, ante la no existencia de un contrato de trabajo.

Alegó en su favor, las excepciones de prescripción, existencia de un contrato de servicios de naturaleza comercial que excluye todo vínculo laboral, inexistencia de un contrato realidad paralelo, falta de los elementos esenciales del contrato de trabajo, y la improcedencia de condenas por prestaciones sociales e indemnizaciones (f.° 58 - 68)

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia de 12 de noviembre de 2020, absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra por la demandante; declaró probadas las excepciones denominadas existencia de un contrato de servicios de naturaleza comercial que excluye todo vínculo laboral, inexistencia de un contrato realidad paralelo, y falta de elementos esenciales del contrato de trabajo.

Consideró, que el problema jurídico a resolver consistía en

determinar si entre las partes existió una verdadera relación laboral en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formas, y de ser así, establecer si le asistía el derecho a la actora al reconocimiento y pago de las acreencias laborales rogadas en la demanda.

Esgrimió, que en el presente caso era aplicable la presunción prevista en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, como quiera que la actora, con el material arrimado al proceso logró acreditar la prestación personal del servicio en favor de la demandada.

No obstante, indicó que la demandada desvirtuó la referida presunción con las pruebas documentales arrimadas al proceso, y en especial, con el testimonio de Karin Luz Amaya Castro, por cuanto dichos elementos probatorios daban cuenta de que la actora había desempeñado la labor para la cual fue contratada, de forma autónoma e independiente.

Igualmente, tuvo como indicio grave el hecho de que la demandante no haya comparecido a la audiencia de que trata el artículo 77 del Código Procesal del Trabajo de la Seguridad Social, pues no allegó documento alguno que evidenciara la existencia de una justa causa para dicho actuar.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte **DEMANDANTE** interpuso recurso de apelación para que fuera revocada la sentencia en su totalidad.

Arguyó, que hubo una indebida valoración probatoria de los documentos que fueron arrimados al proceso para acreditar la

existencia de una relación laboral, por cuanto con los mismos se logró probar la concurrencia de los elementos previstos en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, en especial con la misiva que dio por terminado el contrato, pues en ella la empresa alegó como causa para tomar dicha decisión, que la actora no se presentó a su lugar de trabajo por un día, esto es, una de las causales contempladas en el artículo 60 *idem*.

V. CONSIDERACIONES

Para decidir la apelación interpuesta por la parte demandante, el tribunal tendrá en cuenta las previsiones del artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, según el cual, la sentencia de segunda instancia y la decisión sobre los autos apelados, deberán estar en consonancia con las materias objeto de la apelación, lo cual le impone un límite a la competencia del tribunal, ya que no puede ir más allá de las inconformidades expuestas por el recurrente. En este orden, la sala tendrá como problema jurídico verificar, si entre las partes existió una verdadera relación laboral, entre el 23 de diciembre de 2013, y el 9 de enero de 2014.

Para determinar la naturaleza jurídica del vínculo, debe verificarse si concurren los elementos esenciales del contrato de trabajo, previstos en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 1.° de la Ley 50 de 1990, que son la actividad personal del trabajador, la continuada subordinación o dependencia respecto del empleador y el salario como retribución del servicio, teniendo en cuenta la presunción legal prevista en el artículo 24 *ibídem*, modificado por el artículo 2.° de la Ley 50 de 1990, respecto a que toda relación de trabajo personal se encuentra regida por un contrato de trabajo, correspondiéndole simplemente a quien alega su existencia, acreditar la prestación del servicio personal y,

quien resiste la pretensión, debe derruir la presunción, desvirtuando la existencia de los demás elementos esenciales del contrato de trabajo, y acreditando los elementos de una relación de naturaleza jurídica distinta (CSJ SL10546-2014, SL10118-2015, y SL1420-2018).

En el presente caso, se tiene que el día 23 de diciembre de 2013, entre la actora y Centro M.D. Colombia S.A.S., se celebró un contrato de prestación de servicios cuyo objeto contractual pactado fue el siguiente: *"El contratante encarga al contratista, y este se obliga a ejecutar para aquel funciones como Auxiliar Contable: Apoyar en todas las actividades requeridas por el área contable, digitación de información, facturación, manejo de terceros, proveedores, cuentas por pagar, inventarios, así como las anexas relacionadas con el área"* (f.° 20 - 22). Igualmente, a f.° 26 obra una carta de terminación del contrato, de 9 de enero de 2014, en donde la demandada indicó que había decidido finalizar el contrato de prestación de servicios, con motivo de que la actora no se presentó a cumplir con sus obligaciones contractuales en dicha fecha.

Por su parte, la testigo Karin Luz Amaya Castro, expuso que la función de la demandante consistía en llevar y traer documentos relacionados con la parte contable de la empresa.

Así, es claro para este sala que las labores encomendadas a la demandante, eran desarrolladas de forma personal. Aclarado lo anterior, se procederá a analizar si la demandada logró derruir la presunción prevista en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, y si logró desvirtuar la existencia de los elementos de subordinación y un salario como retribución del servicio.

Respecto de la subordinación, debe decirse que, aunque la demandada invoca el referido contrato de prestación de servicios para desvirtuar el vínculo de trabajo alegado por la actora, lo cierto es que

éste documento no permiten evidenciar la manera como el demandante ejecutó realmente el servicio. Así, la Honorable Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, ha considerado que cuando se invoca la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, éstos contratos simplemente dan prueba de su existencia pero no de la forma en que se desarrollaron (SL1903-2021).

No obstante, las demás pruebas arrimadas al proceso, no demuestran la existencia clara e inequívoca del elemento de subordinación, por los motivos que se explicarán a continuación.

En efecto, la testigo Karin Luz Amaya Castro, quien para la época en que ocurrieron los hechos manejaba el departamento de recursos humanos de la empresa demandada, señaló que la actora fue vinculada mediante un contrato de prestación de servicios por solicitud de la contadora externa, la señora Sandra Patricia González, para recolectar documentos relacionados con la contabilidad, y que en el lapso comprendido entre el 23 de diciembre de 2013, y el 9 de enero de 2014, solamente se cruzó dos o tres veces con ella, pues esta no estaba sujeta al cumplimiento de un horario de trabajo, ni debía acudir de manera habitual a la empresa.

Igualmente, expuso que como el contrato se suscribió en épocas navideñas no era necesaria la prestación del servicio por parte de la demandante en ese periodo, así como que para el desempeño de sus funciones, ésta no hacía uso de un computador o de algún otro elemento de la empresa, ni tenía asignado un puesto de trabajo.

Al acompasar lo dicho por la testigo con las pruebas documentales arrimadas al proceso, consistentes en el contrato de prestación de servicios suscrito entre las partes (f.° 20 - 23), y la carta

de terminación del mismo (f.° 26), es posible inferir que la actora estuvo vinculada a la empresa por un lapso de tan solo 17 días, en los cuales no asistió de forma regular a ella, ni recibió orden alguna de la demandada, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, máximc si se considera que la testigo aclaró que la actora simplemente apoyaba la gestión de la contadora externa dc la empresa, la señora Sandra Patricia González, quien también se encontraba vinculada mediante un contrato de prestación de servicios, hechos éstos que desacreditan la existencia de una continuada subordinación de la demandante respecto de la demandada.

Ahora bien, refiere el recurrente que con la misiva obrante a f.° 26, se logró acreditar la existencia de un contrato de trabajo, como quiera que la parte demandada para finalizar el vínculo contractual quc unía a las partcs, alegó como causal una de las previstas en el artículo 60 del Código Sustantivo del Trabajo, csto es, haber faltado a su lugar de trabajo por un día.

Empero, lo que verdaderamente la empresa manifestó en dicha carta, fue que daba por terminado el contrato de prestación de servicios, debido a que la actora no se había presentado a cumplir con sus obligaciones contractuales, hecho quc fuc evidenciado por la sociedad demandada en el presente proceso, y que de ninguna forma evidcncia la existencia de una relación laboral, pucs en el contrato de prestación de servicios, va envuelta la condición resolutoria, la cual implica que en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado, el contratante cumplido tiene la posibilidad de darlo por terminado, en virtud del artículo 1546 del Código Civil.

Aunado a ello, debe tenerse en cuenta que ante la imposibilidad de practicar el interrogatorio de la parte actora, decretado en favor de

la parte demandada, por cuanto ésta no asistió a la diligencia programada para el día 17 de septiembre de 2020 (f.° 79), resulta imposible inferir siquiera la existencia de una continuada y subordinada prestación del servicio, como bien lo adujo la *a quo*.

Así las cosas, del análisis conjunto del material probatorio, de conformidad con lo dispuesto en el art 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, con las reglas de la sana crítica y atendiendo a la conducta procesal observada por las partes, en especial la renuencia de la parte actora para asistir a las diligencias las que fue citada en el curso de este proceso, considera esta sala que en ningún yerro incurrió la juzgadora de instancia al declarar la no existencia de una verdadera relación laboral entre las partes, pues la demandada logró derruir la presunción prevista en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo. En consecuencia, se **confirmará** la sentencia apelada.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión 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 12 de noviembre de 2020, por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo considerado en la parte motiva de esta providencia.

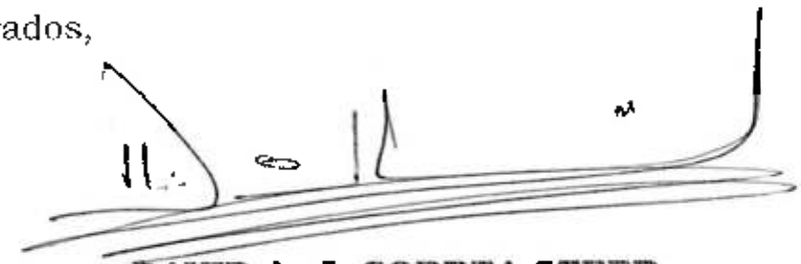
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO,** atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código

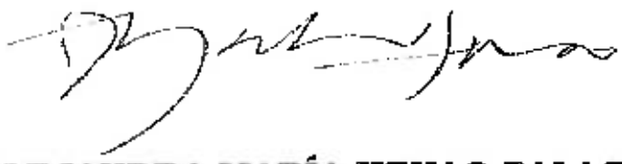
Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **LUÍS ANTONIO SILVA RINCÓN** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.**

EXP. 11001 31 05 **010 2019 00014** 01

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha arriba señalada y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.° 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandada, respecto de los puntos no apelados y discutidos en la sentencia proferida dentro de audiencia virtual celebrada el 7 de septiembre de 2020, por el Juzgado 10.° Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante que se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, a partir del 1.° de octubre de 2017, de conformidad con el régimen de transición contenido en la Ley 100 de 1993 y el Acuerdo 049 de 1990, una tasa de reemplazo del 90%, aplicada a los aportes efectuados durante los últimos 10 años de cotizaciones; más los intereses moratorios y la indexación (f.° 22).

Como sustento relevante de sus pretensiones, manifestó que nació el 5 de agosto de 1953, por lo que a la fecha de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, tenía más de 40 años de edad y cumplió los 60 en el 2013; siempre ha estado afiliado al régimen de prima media con prestación definida y para el 25 de julio de 2005, tenía 924 semanas de cotización; solicitó la pensión el 9 de mayo de 2018, pero la prestación le fue negada en Resolución n.° SUB 144240 de 2018; sostuvo una relación laboral con Multiplásticos Ltda., desde el año 1980 hasta el 31 de agosto de 1989; sin embargo, dicho empleador no realizó los aportes desde el 1.° de marzo de 1981, así que en la actualidad completaría un total de 1380 semanas si se tiene en cuenta el mencionado periodo que está en mora (f.° 22, 23).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 24 de abril de 2019, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (f.° 30), quien contestó con oposición argumentando que el demandante no acreditó el número de semanas requerido para el reconocimiento de la pensión reclamada, ya que cuenta con un total de 1004 semanas a enero de 2019, con el reporte de una deuda presunta entre marzo de 1981 y agosto de 1989,

bajo la razón social Multiplásticos Ltda., por lo que a 25 de julio de 2005, solo registra 503.29 semanas de cotización.

Propuso como excepciones previas, las de falta de competencia por no agotamiento de la reclamación administrativa y falta de integración del litis consorcio necesario por pasiva con Multiplásticos Ltda., que fueron declaradas no probadas en la audiencia del artículo 77 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (f.° 68); igualmente impetró los medios exceptivos de fondo denominados prescripción, caducidad, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación y del derecho, y falta de causa y título para pedir (f.° 34-38).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.° 31, 32).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 10.° Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 7 de septiembre de 2020, condenó a la demandada a reconocer y pagar la pensión de vejez al demandante, a partir del 1.° de febrero de 2019, en cuantía inicial de $1.748.89,07 con los reajustes anuales y 13 mesadas al año, más los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 10 de 1993, liquidados sobre cada mesada hasta cuando se haga el pago efectivo, y las costas, y la absolvió de las demás pretensiones incoadas en su contra.

Motivó la decisión, en que la mora del empleador no puede ser trasladada al trabajador, por lo que para el reconocimiento de la prestación tuvo en cuenta 432.86 semanas excluidas como trabajador bajo la razón social de Multiplásticos Ltda., entre el 31 de diciembre

de 1980 y el 31 de agosto de 1989; así que, con las semanas acreditadas y el tiempo en mora del mencionado empleador, contabilizó un total de 1437.42 semanas, en la medida en que no se acreditó que ese periodo fuera calificado de incobrable por parte de la demandada mediante procedimiento de cobro coactivo; advirtió que para dicho conteo no tuvo en cuenta las semanas simultáneas que el demandante cotizó tanto con Comercializando Ltda., como con Multiplásticos, en virtud de la imputación de pagos efectuada en la sentencia.

En cuanto al régimen de transición, indicó que inicialmente el actor cumple con los requisitos establecidos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, dado que para el 1.° de abril de 1994, contaba con más de 40 años de edad, prerrogativa que conservó según lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005, debido a la sumatoria de tiempos en mora reseñada, por lo que con las 912 semanas a 29 de julio de 2005, superó las 750 semanas exigidas para extender dicho beneficio hasta el 2014; en consecuencia, estudió los requisitos del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, y los encontró acreditados en cuanto a la edad, porque cumplió 60 años en el año 2013, y completó un total de 1437.42 semanas a 31 de enero de 2019, así que ordenó el reconocimiento de la prestación con base en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, por lo que encontró un IBL de $1.943.221, establecido por favorabilidad con el promedio de lo cotizado en los últimos 10 años, al que le aplicó una tasa de reemplazo del 90%.

En relación con los intereses moratorios, señaló que como Colpensiones debió reconocer la prestación desde el momento en la que fue solicitada el 9 de mayo de 2018, pero no lo hizo por no tener en cuenta las semanas en mora, la entidad está obligada a reconocer los réditos desde que se cause la primera mesada pensional, en la medida en que el demandante tuvo que seguir cotizando hasta enero

de 2019, con la plena convicción de que no cumplía los requisitos para ello, de modo que no accedió a la indexación por ser incompatible.

Finalmente, descartó la excepción de prescripción propuesta por la demandada teniendo en cuenta la fecha de reconocimiento de la prestación y la de presentación de la demanda (9 de diciembre de 2018), y autorizó a Colpensiones para realizar los descuentos por aportes en salud.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

El demandante, solicitó la modificación de la fecha a partir de la cual se debe reconocer la prestación, por cuanto la data correcta es el 1.° de octubre de 2017, y para ello, se debe tener en cuenta que ante la actitud negativa de Colpensiones, fue obligado a cotizar hasta el 31 de enero de 2019, máxime cuando la mora no es imputable al afiliado; agregó que de igual forma, los réditos se deben conceder a partir de la misma calenda.

La demandada, apeló con el argumento de que, respecto de los periodos en mora por parte de Multiplásticos Ltda., se debe tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 38 del Decreto 3041 de 1966, así que sin tener esos valores en las arcas de Colpensiones, no se puede entrar al reconocimiento de una mesada pensional, ni incluir esas semanas en la historia laboral del demandante, quien si bien en principio fue beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la verdad es que perdió el beneficio porque no completó las 750 semanas exigidas por el Acto Legislativo 01 de 2005, para lo cual insistió en las consideraciones expuestas en la contestación de la demanda. Agregó, que no son viables los réditos, porque no existe retardo en el pago de mesadas, porque precisamente al demandante no le asiste derecho al reconocimiento de la pensión.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, establecer si el demandante es beneficiario del régimen de transición y, si con base en ello, tiene derecho a que se le otorgue la pensión de vejez con fundamento en las disposiciones del Acuerdo 049 de 1990, y a partir de qué momento debe concederse la prestación. Asimismo, se verificará si son procedentes los intereses moratorios, así como la condena en costas impuesta a la demandada. Ello, no sin antes verificar por cuestiones de método lo atinente al período que aparentemente se registran aportes en mora bajo la razón social de Multiplásticos Ltda.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que ***i)*** el demandante nació el 5 de agosto de 1953 (f.° 4); ***ii)*** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales desde el 1.° de abril de 1980 hasta el 31 de enero de 2019, un total de 1004.57 semanas (f.° 49-55); de manera que, se podría decir que en principio el demandante por edad, era beneficiario del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, dado que a la entrada en vigencia de dicha norma, estaba afiliado al subsistema general de pensiones y tenía 41 años de edad.

En tal condición, le serían aplicables las reglas previstas por el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año; sin embargo, el demandante no conservó dicha prerrogativa en la medida en que los requisitos establecidos en dicha norma debió haberlos reunido sin más, antes del 31 de julio de 2010, lo que no ocurrió ya que los 60 años de edad, los cumplió el 5 de agosto de 2013.

Y si bien, para esa data contaba con 592.60 semanas cotizadas en los 20 años anteriores al cumplimiento de esa edad (entre 1993 y 2013), y registró un total 827.38 semanas cotizadas, para poder extender el beneficio de la transición hasta el año 2014, debía completar a 29 de julio de 2005, entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, un total de 750 semanas de cotización al sistema, exigencia que tampoco cumplió dado que apenas contaba con 486.04 semanas de aportes.

Frente a este punto, el demandante echa de menos tanto en Resolución n.° SUB144240 de 2018 (f.° 9, 10), como en su historia laboral, la totalidad del periodo que adujo haber laborado para Multiplásticos Ltda., comprendido entre el año 1980 y el 31 de agosto de 1989, en especial, el posterior al 1.° de marzo de 1981, inclusive, dado que no se registran cotizaciones a su favor.

Para el efecto, la demandante afirmó en el hecho 5.° de su demanda que con Multiplásticos sostuvo *«una relación laboral desde 1980 hasta 1989, tal como se verifica en la declaración extra juicio rendida por el señor William Antonio Londoño Guevara el 8 de noviembre de 2018.»* (f.° 22).

Con el fin de comprobar tal afirmación, la parte actora únicamente allegó la mencionada declaración extra juicio n.° 7387 rendida ante la Notaría 54 del Círculo de Bogotá, en donde el declarante manifestó *«que conozco de vista trato y comunicación desde hace 40 años al señor Luis Antonio Silva Rincón identificado con cédula n.° 19.210.329 de Bogotá, sé y me consta que el señor Luis Antonio Silva trabajó en la empresa Multiplásticos desde el año 1980 al año 1984 y en la empresa industria de plástico Carmo Plast desde el año 1984 al 1989.»* (f.° 20); no obstante, considera la Sala que dicha declaración no contiene los presupuestos mínimos de razonabilidad como para poder tenerla como una prueba idónea de una relación laboral, por cuanto no se indicaron con detalle las circunstancias de modo, tiempo y lugar, en las que aparentemente le

consta a William Antonio Londoño, que Luís Antonio Silva hubiera prestado servicios a Multiplásticos, en los tiempos aludidos, y de su dicho genérico no es posible extraer la forma cómo el demandante pudo haber desarrollado actividades en favor de la mencionada empresa, aunado a que lo dicho por el declarante no se encuentra acorde con lo afirmado en la demanda, en tanto que aquel, sostuvo que el demandante aparentemente laboró hasta el año 1984, sin fechas exactas, mientras que el actor sostuvo que lo hizo hasta el 31 de agosto de 1989; de modo que, la Sala no le da validez ni credibilidad al mencionado medio probatorio, con la advertencia de que la *a quo* no decretó como prueba el testimonio de dicha persona, sin que la parte demandante hubiera mostrado reparo alguno al respecto.

De manera que, al no existir evidencia de una inequívoca relación laboral entre Luís Antonio Silva Rincón y Multiplásticos Ltda., del período que se echa de menos en la historia laboral de la demandante, esto es, entre el 1.° de marzo de 1981 y el 31 de agosto de 1989, contrario a lo manifestado por la *a quo,* no es posible concluir que en efecto, hubo una mora por parte de Multiplásticos Ltda, por lo que, aun cuando la Sala no desconoce que la falta de cobro por parte de las administradoras de pensiones no pueden afectar a los trabajadores para el reconocimiento pensional (CSJ SL1624-2018, SL4539-2018, SL4892-2017 y SL2984 de 2015, entre muchas otras); tal razonamiento no es aplicable en este preciso caso, ya que por una parte, la jurisprudencia ordinaria laboral ha establecido que la afiliación a seguridad social o el pago de los aportes al sistema, no conlleva, en principio, la existencia de una relación laboral (CSJ SL16528-2016), y que ella es un elemento indiciario para acreditar los extremos temporales de una relación laboral, pero no es plena prueba de la misma (CSJ SL, 15 mar. 2011 rad. 37067). De ahí que no resulte viable acceder al pedimento elevado por el

demandante, en la medida en que no se considera un signo indicativo de la presencia de una prestación del servicio personal de carácter dependiente, pues se itera, dentro del expediente no existe otra prueba con la cual se pueda constatar tal supuesto fáctico.

Por otra parte, para la validez de las cotizaciones al subsistema de pensiones, es necesario contar no solo con una afiliación válida al subsistema sino con respaldo de una relación laboral real (CSJ SL1701-2016), de ahí que, al no ser evidente el nexo contractual que ató a Luis Antonio Silva Rincón con Multiplásticos Ltda., y que adicionalmente, no está acreditado en juicio que el demandante aportó las pruebas necesarias en el trámite administrativo, para que Colpensiones iniciara el correspondiente proceso de cobro, no sea posible acceder a los pedimentos del libelo demandatorio.

Es preciso recordar, que la condición de cotizante está dada fundamentalmente por la vigencia de la relación laboral, así que los trabajadores subordinados causan la cotización con la prestación del servicio que como trabajador despliega el afiliado; y precisamente, para que pueda hablarse de *«mora patronal»* es necesario que existan pruebas razonables o inferencias plausibles sobre la existencia de un vínculo laboral, bien sea regido por un contrato de trabajo o por una relación legal y reglamentaria (CSJ SL8082-2015, SL759-2018, SL1355 y SL3160 ambas de 2019), aspecto del cual, se repite, la parte demandante no corrió con la carga probatoria para ello al tenor de lo dispuesto en los artículos 164 y 167 del Código General del Proceso.

Ahora, si quería debatirse en juicio la existencia de un vínculo en el que Multiplásticos Ltda., fungiera como empleador y Luis Antonio Silva Rincón como trabajador, ha debido llamarse a juicio a dicha sociedad o a su ente liquidador, a efectos de declarar los extremos que posiblemente los ató laboralmente con el demandante,

por lo que declarar estos extremos sería desbordar la competencia conferida a la Sala.

Así las cosas, incurrió en yerro la *a quo* al haber contabilizado el periodo comprendido entre el 1.° de marzo de 1981 y el 31 de agosto de 1989, para la sumatoria total de las cotizaciones efectuadas para efectos del reconocimiento pensional en favor del demandante.

Por otra parte, como el demandante no conservó el beneficio de la transición en los términos del Acto legislativo 01 de 2005, debía cumplir con las exigencias establecidas en el original artículo 33 de la Ley 100 de 1993, con las modificaciones introducidas por el artículo 9.° de la Ley 797 de 2003, pero aun cuando cumplió 60 años de edad en el año 2013, para dicha época contaba con solo 790.97 semanas de cotización al subsistema general de pensiones, siendo exigido un mínimo de 1250 semanas.

Y como para el 31 de enero de 2019 (último aporte realizado) completó un total de 1004.57 semanas en toda su vida laboral, tiempo para el cual sus condiciones pensionales ya habían sido modificadas por la normativa en cita, que aumentó la edad a 62 y el número de semanas de cotización a 1300, tampoco alcanzó el mínimo de aportes a pensión requerido para lograr pensionarse, no había lugar a acceder al reconocimiento de la pensión de vejez aquí solicitada.

En consecuencia, se equivocó la *a quo* al otorgar el derecho pensional reclamado por el demandante, lo que conlleva a **revocar** en su integralidad la decisión apelada.

Dado el resultado de lo hasta aquí estudiado, por sustracción de materia, la Sala se abstendrá de emitir pronunciamiento respecto

de los demás problemas jurídicos planteados al inicio de las consideraciones.

Sin costas en la alzada, ante su no causación. Las de primera quedarán a cargo del demandante en la cuantía establecida por la *a quo*.

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

RESUELVE:

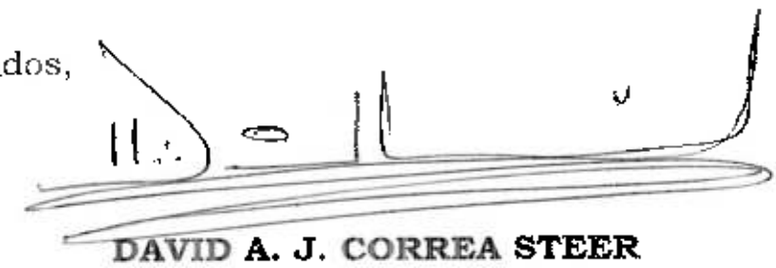
PRIMERO: REVOCAR en su integralidad la sentencia apelada, celebrada el 7 de septiembre de 2020, por el Juzgado 10.° Laboral del Circuito de Bogotá D.C., para en su lugar **ABSOLVER** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,** de la totalidad de pretensiones incoadas por **LUÍS ANTONIO SILVA RINCÓN**, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación. Las de primera quedarán a cargo del demandante en la cuantía establecida por la *a quo*.

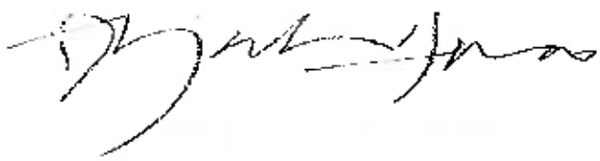
TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO,** atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO,

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **LUZ MARINA ACOSTA ARARAT** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.**

EXP. 11001 31 05 **015 2019 00383** 01

Bogotá DC, treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.° 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante, respecto de la sentencia proferida dentro de audiencia virtual celebrada el 14 de julio de 2020, por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se condene a la demandada a reliquidar la pensión de vejez tomando como base el 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicios, con todos los factores salariales, con base en lo dispuesto en las Leyes 71 de 1988 y 1045 de 1978, y que las diferencias causadas a partir del 17 de agosto de 2011, junto con la indexación los intereses moratorios (f.° 4, 9).

Sustentó sus pretensiones, en que nació el nació el 17 de agosto de 1956, por lo que tenía más de 35 años de edad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, y cumplió 55 años de edad en el año 2011; cotizó para pensión entre el 29 de noviembre de 1976 y el 8 de septiembre de 2016, mientras laboró al servicio de Cadenalco, del Colegio Cooperativo Mutis, de la Sociedad Comercial Expend Loteri, de Atenpi Ltda, y del Fondo Nacional del Ahorro, así que para la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, tenía cotizadas más de 750 semanas en pensiones, y adquirió el status de pensionada cuando cumplió los 55 años de edad, por haber completado más de 20 años de cotizaciones; la demandada se abstuvo de reliquidar la prestación otorgada con base en dichos tiempos, conforme lo expuesto en las Resoluciones n.° GNR87795, GNR1987795, VPB33609, GNR385055 de 2016, VPB6865 de 2017 y el auto AADIR111, del mismo año (f.° 5, 6).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 9 de agosto de 2019, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (f.° 54), quien contestó con oposición con el argumento de que en Resolución n.° GNR87795 de

2016, se le concedió la pensión de vejez al demandante, con base en la Ley 797 de 2003, que le resultó más favorable, que aplicarle la Ley 33 de 1985, dado que aquella le permite aplicar una tasa de reemplazo un tanto superior que esta, es decir, el 75.77%, lo que arrojó una mesada pensional para el año 2017 de $1.915.925; propuso como excepciones de mérito las de prescripción, inexistencia del derecho reclamado por falta de requisitos legales, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de los intereses moratorios ni indemnización moratoria, y buena fe (f.° 58-61).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.° 56).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia proferida dentro de audiencia virtual celebrada el 14 de julio de 2020, declaró probadas las excepciones de inexistencia del derecho reclamado por falta de requisitos legales y cobro de lo no debido; en consecuencia, absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra e impuso costas a cargo de la demandante, tras considerar que si bien inicialmente se le reconoció la pensión por parte de la demandada con base en la Ley 33 de 1985, lo cierto es que fue reliquidada posteriormente con base en la Ley 797 de 2003, por favorabilidad debido a que contaba con servicios cotizados en el sector privado, y le aplicó una tasa de reemplazo del 75.07%, así que si se accediera a lo peticionado por la demandante, habría que reducir el monto actual de la mesada pensional; en todo caso, el IBL no hace parte del régimen de transición pues para tal aspecto debe acudirse a lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, como efectivamente Colpensiones lo liquidó (f.° 95, 96 y archivo n.° 6 expediente digital).

IV.RECURSO DE APELACIÓN

Si bien inicialmente la demandante apeló la decisión dentro de audiencia, y la misma fue concedida, lo cierto es que presentó desistimiento al respecto, el cual fue aceptado en auto del 9 de septiembre de 2020, motivo por el que se remitió el expediente en grado jurisdiccional de consulta (f.° 95-98 y archivo n.° 6 expediente digital).

V.CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala verificará como problema jurídico, si hay lugar o no, a reliquidar la pensión de vejez de la demandante, con base en el promedio de lo devengado en el último año de servicios, en los términos peticionados en la demanda.

Está al margen de la discusión lo siguiente: *i)* la demandante nació el 17 de agosto de 1956, por lo que para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con 37 años de edad y cumplió 55 años de edad en el año 2011 (CDS f.° 66, 90); *ii)* a través de la Resolución GNR8779 de 2016, Colpensiones inicialmente le reconoció una pensión mensual vitalicia de jubilación, en condición de beneficiaria del régimen de transición, con base en el artículo 1.° de la Ley 33 de 1985, a partir del 17 de agosto de 2011, aplicando una tasa de reemplazo del 75% sobre un IBL calculado con base en los artículos 21 de la Ley 100 de 1993, y 1.° del Decreto 1158 de 1994, de $2.275.694 y 1594 semanas de cotización, para fijar como mesada para el año 2016, la suma de $1.706.771, y se dejó condicionado el ingreso a nómina de pensionados hasta cuando se acreditara el retiro del servicio por parte de su último empleador, Fondo Nacional del Ahorro (f.° 28-30).

iii) Posteriormente, al encontrar que la demandante prestó servicios a la mencionada entidad hasta el 30 de diciembre de 2016, acreditó un total de 1641 semanas cotizadas en toda su vida laboral, y en atención a las solicitudes de reliquidación elevadas por ella, Colpensiones le reliquidó en varias ocasiones la prestación mediante Resoluciones n.° GNR198775, VPB33609, GNR385055 de 2016 y VPB6865 de 2017, en las que la demandada estableció que la norma aplicable en virtud del principio de favorabilidad, era realmente la Ley 797 de 2003, teniendo en cuenta que se incrementa la tasa de reemplazo inicialmente señalada en su favor a un 75.77% sobre un IBL de $2.391.117, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 21 y 34 de la Ley 100 de 1993, así que finalmente fijó como primera mesada a partir del 1.° de enero de 2017 la cuantía de $1.915.925 (f.° 31-50, CDS f.° 66, 90).

Así las cosas, advierte la Sala que no le asiste razón a la parte demandante, en cuanto considera que su IBL pensional, debe obtenerse con el salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, en la aplicación del artículo 6.° del Decreto 2709 de 1994, que reglamentó la Ley 71 de 1988, por las razones que a continuación se expone:

Como primera medida, para efectos de liquidar la pensión de jubilación que regula el artículo 1.° de la Ley 33 de 1985, se contabilizan los tiempos exclusivamente servicios en el sector público, sin que sea posible la adición de cotizaciones originadas en servicios particulares para obtener la prestación (CSJ SL12448-2015 y SL5201-2018), de ahí que no se puedan contabilizar para ese preciso caso las cotizaciones efectuadas con los empleadores del sector privado (Cadenalco S.A., Colegio Cooperativo Mutis, Sociedad Comercial Expend Loteri y Atempi Ltda), sino únicamente el tiempo

al servicio del Fondo Nacional del Ahorro, en donde completó un poco más de 28 años.

Segundo, aun cuando las Leyes 71 de 1988 y 797 de 2003, permiten la contabilización de tiempos públicos y privados -como los sufragó ampliamente la demandante a lo largo de toda su vida laboral-, en la sumatoria de cotizaciones con miras a adquirir el derecho pensional, si se tiene en cuenta la última reliquidación efectuada por Colpensiones sobre la pensión del demandante, resultaría desfavorable estudiar su derecho pensional con base en la Ley 71 de 1988, en tanto que el máximo monto o tasa de reemplazo permitido para pensiones de jubilación por aportes, es el 75% del salario base de liquidación conforme lo establece el artículo 8.° del mencionado Decreto 2709, el cual es inferior al monto que aplicó la entidad demandada en la última reliquidación efectuada, esto es, 75.77% sobre el IBL pensional.

Tercero, ha reiterado la jurisprudencia ordinaria laboral que el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, únicamente conservó lo relativo a la edad, tiempo de servicios o densidad de cotizaciones y el monto de la prestación, entendido este último como la tasa de reemplazo, pero **no** el ingreso base de liquidación de la legislación anterior que, como se sabe, quedó gobernado por el inciso 3.° del artículo 36, o por el artículo 21, según el tiempo que le hiciere falta para pensionarse a 1.° de abril de 1994 (CSJ SL17476-2014, SL16825-2015, SL7193-2016, SL8563-2016, SL4614-2017).

Es decir, por el inciso 3.° del artículo 36, si a la entrada en vigencia de la Ley 100, al afiliado le faltaban menos de 10 años para pensionarse, y por el artículo 21, si le hacían falta más de 10 años, como le sucedió a la demandante.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, consideró que dicha mixtura normativa, lejos de constituir un exabrupto jurídico, surge del propio texto normativo y, por lo tanto, no puede ser catalogada como un capricho en la interpretación de las normas que instituyeron el subsistema de pensiones; así como las sentencias C-258 de 2013, reiterada en la SU-230 de 2015, en donde la Corte Constitucional rectificó su criterio al respecto, al considerar que el ingreso base de liquidación **no** es un aspecto de la transición, por lo que son las reglas contenidas en la Ley 100 las que deben observarse para determinar el monto pensional, con independencia del régimen al que se pertenezca, dado que dicho beneficio solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización, con exclusión del ingreso base de liquidación – IBL, sin que pueda predicarse vulneración a los principios de favorabilidad e inescindibilidad de las normas –como equivocadamente lo considera la demandante-, porque es en virtud del expreso mandato del mencionado artículo 36, que el cálculo del IBL debe hacerse de esa manera.

Adicional a lo anterior, el 28 de agosto de 2018, en el expediente n.° 52-001-23-33-000-2012-00143-01, se expidió por parte de la Sala Plena del Consejo de Estado, una sentencia unificadora en relación con el criterio de interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, acogiendo entonces la teoría pacífica de la Corte Suprema de Justicia, bajo el argumento de que la tesis que sostenía el Consejo de Estado con anterioridad a dicha data, quebrantaba no solo el principio de igualdad, sino el de solidaridad en materia de seguridad social.

Así las cosas, si en gracia de la discusión, se admitiera el estudio de la pensión de la actora con base en la Ley 71 de 1988, se tendría que al ser la demandante beneficiaria del régimen de transición, faltándole más de 10 años para pensionarse, contados desde la

entrada en vigencia del sistema general de pensiones, no es viable la reliquidación pensional deprecada con un IBL diferente al establecido por la Ley 100 de 1993, porque en ese hipotético caso, sería aplicable su artículo 21, con el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales cotizó durante los 10 años anteriores al reconocimiento pensional, o sobre los ingresos de toda la vida laboral de la trabajadora, por cuanto cotizó más de 1250 semanas.

En todo caso, como de acuerdo con los múltiples actos administrativos de reconocimiento y reliquidación pensional ya reseñados, se verifica que en efecto, Colpensiones obtuvo el IBL con base en dicha normativa, el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, al estudiar el derecho pensional por favorabilidad con los artículos 9.° y 10.° de la Ley 797 de 2003, no se equivocó el juzgador de instancia al negar la reliquidación aquí deprecada, con la advertencia final por parte de esta Sala, de que los factores salariales a tener en cuenta para liquidar pensiones regladas tanto por la Ley 33 de 1985 como por la Ley 71 de 1988 y la Ley 797 de 2003, son los previstos en el Decreto 1158 de 1994, con sujeción a los artículos 13, literal d) y 18 de la Ley 100 de 1993, y a ello se avino Colpensiones en las mencionadas resoluciones; de ahí la sinrazón de la demandante al hacer referencia al Decreto 1045 de 1978 para efectos de verificar los factores salariales para liquidar su prestación (CSJ SL6739, SL11571 y SL15084 de 2014, SL3244, SL6387, SL8597 y SL10140 de 2015, SL13254-2016).

De manera que, carece de soporte fáctico y jurídico la pretensión de reliquidación de la pensión de vejez de la demandante, conforme lo señala el artículo 6° del Decreto 2709 de 1994, lo que conlleva a **confirmar** la sentencia consultada.

Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión 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:

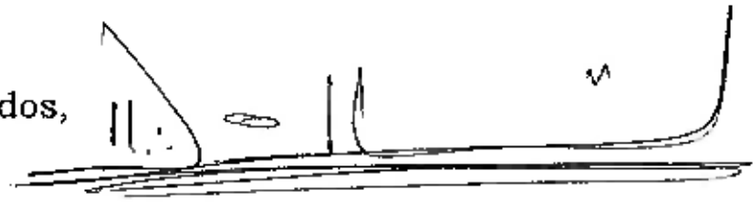
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada, sentencia proferida el 14 de julio de 2020, por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

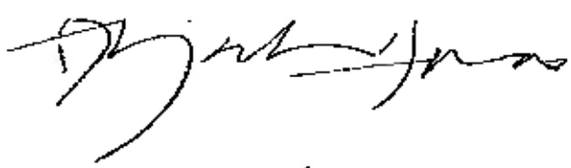
TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO,** atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:
https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbtu_cendoj_ramajudicial_gov_co/Eptrq2XmRNlGt9rLK6LoAxQBbmqoEGAoCc4hq3o2gm7VJw?e=C4zNBU

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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **CARLOS ARTURO GALLEGO CUELLAR** y **OTROS** contra **LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – U.G.P.P.**

EXP. 11001 31 05 **017 2017 00244 01**

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.° 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia proferida el 21 de marzo de 2019, por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendieron los demandantes que se declarara que tienen derecho a la pensión convencional por despido injusto, de conformidad con lo establecido en el numeral 2.°, del artículo 74 del Decreto 1848 de 1969; que el contrato de trabajo laboral terminó por despido sin justa causa; que son beneficiarios de lo dispuesto en los artículos 5.° y 7.° del Decreto 2123 de 1992; de las Convenciones Colectivas de Trabajo pactadas entre la empresa nacional de Telecomunicaciones TELECOM y SITTELECOM para el año 1994-1995 y 1996-1997; que no fueron afiliados por omisión del empleador al Régimen General de Pensiones; que Telecom es la responsable del pago de la Pensión; que el derecho de pensión convencional se debe reconocer con el 75% sobre lo devengado en el último año de servicio; que su derecho de pensión convencional no fue afectado por el Acto Legislativo n.° 01 de 2005.

Consecuencialmente, que se condenara a la demandada al reconocimiento del derecho a la pensión por despido injusto, junto con las mesadas pensionales que correspondan y la indexación.

Subsidiariamente, solicitaron que se les otorgara el derecho de pensión al cumplir los 55 años (f.°16 a 22).

Como fundamento de sus pretensiones, manifestaron que los demandantes fueron trabajadores públicos hasta antes de la restructuración de Telecom; que se vincularon a esta entidad antes de que se convirtiera en Empresa Industrial y Comercial del Estado; que con dicha conversión se respetó el régimen especial de excepción de pensión; que no fueron afiliados a ninguna entidad de seguridad

social en pensiones, y que no les es aplicable adenda alguna porque quienes firmaron dicha adenda no tenían facultad para hacerlo pues ya se había firmado la convención con anterioridad.

Señalaron, que ni el Decreto de restructuración de la empresa, ni el que aprobó los estatutos de esta, afectaron el régimen salarial, prestacional y asistencial vigente de los empleados en la planta de TELECOM a la fecha de expedición de los Decretos, y que se les dio por terminado el contrato sin justa causa, al liquidar la empresa, motivo por el que se dispuso el pago de la indemnización por este hecho de conformidad con la Convención Colectiva pactada (F.° 5 a 15).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Previa subsanación, la demanda se admitió el 27 de junio de 2017, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (f.° 1166).

LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - U.G.P.P., se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Manifestó, que los demandantes no eran beneficiarios de la convención colectiva de trabajo por no cumplir los requisitos exigidos por la ley para ser beneficiarios de ella en vigencia de la misma, por cuanto ya no eran trabajadores de Telecom al momento en que cumplieron los 50 años de edad.

Agregó, que el despido de los trabajadores no fue sin justa causa, y que algunos de los demandantes tienen más de 20 años de servicio, por lo que no serían beneficiarios de este tipo de pensión.

Propuso las excepciones de cobro de lo no debido, prescripción, buena fe, y compensación (f.° 1210 - 1227).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en sentencia del 21 de marzo de 2019, declaró probada la excepción de cobro de lo no debido propuesta por la demandada; la absolvió de todas las pretensiones incoadas en contra de la misma, y condenó en costas a los demandantes.

En lo que interesa a la alzada, a efectos de resolver la pensión especial de jubilación que solicitaron los demandantes, se remitió al artículo 74 de la ley 74 del Decreto 1848 de 1969, así como a título de reseña histórica se remitió al Dec. 2661 de 1960, Leyes 2ª de 1932, 28 de 1943, 22 de 1945 y decreto 227 de 1946, con el fin de determinar la norma aplicable al caso de los demandantes.

Igualmente, se refirió al Decreto 3135 de 1968; la Ley 33 de 1985 en cuanto derogó los artículos 27 y 28 del anterior Decreto; los artículos 33 y 36 de la ley la Ley 100 de 1993, para concluir que ninguno de los demandantes eran beneficiarios del régimen de transición al no cumplir con tiempos de servicios ni edad, por lo que no les asistía el derecho a la pensión vitalicia de jubilación legal.

Frente a la pretensión subsidiaria de pensión sanción por despido injustificado, al cumplir 55 años, inició por resolverla bajo los postulados del artículo 133 de la Ley 100 de 1993, por lo que luego de hacer igualmente un recuento histórico-normativo, donde hizo alusión al artículo 8.° de la Ley 171 de 1961 y su Decreto Reglamentario 1848 de 1969, para luego concluir que para la fecha en que se dieron los despidos es decir en el año 2003, ya se

encontraba vigente la Ley 100 de 1993, en su artículo 133 que modificó la Ley 171 de 1961, para precisar que ninguno de los demandantes acreditó haber laborado por un lapso superior a 15 años, y que si bien Telecom no afilió a los demandantes a una entidad de seguridad social, lo cierto es que, asumió el pago correspondiente al tiempo laborado creando un PAR de naturaleza pública que garantiza el pago de pensiones, siendo CAPRECOM la entidad encargada de administrar el reconocimiento de pensiones, y que luego dicha facultad fue subrogada a la U.G.P.P.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación.

Manifestó, que mediante el Decreto 2123 de 1992, se estableció un régimen de transición para los trabajadores de Telecom por lo que la reestructuración de la empresa no afectó los derechos pensionales de los trabajadores.

Agregó, que antes de la entrada en vigencia la Ley 100 de 1993, se encontraba vigente la convención colectiva por lo que le era aplicable el principio de favorabilidad a los demandantes.

Adujo, que los demandantes al momento del retiro acreditaron el requisito de tiempo de servicios, pues en su sentir todos laboraron más de 15 años, e indicó, que con los contratos interadministrativos que buscaban pagar las pensiones, el empleador trato de tapar la omisión en la afiliación a seguridad social.

Así mismo, señaló que los trabajadores de Telecom con la expedición del Decreto n.° 1615 de 2003, fueron despedidos sin justa

causa, por lo que tenían derecho al pago de la pensión.

Indicó, que no debía darse aplicación a lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por cuanto lo que se estaba solicitando era una pensión convencional, y que la misma no había sido derogada por la Ley 100 de 1993, como quiera que ello sucedió hasta el 31 de julio de 2010, con la expedición del Acto Legislativo n.° 01 de 2005.

Precisó, que no era aplicable una adenda convencional dado que cuando fue expedida al ser firmada por entidades jurídicas que no firmaron la convención colectiva y que igualmente, fue depositada extemporáneamente, por lo que dicha adenda no modifica el régimen pensional de los trabajadores de Telecom.

Finalmente, indicó que dentro de las normas que se les aplican a estos trabajadores se encuentra el Decreto n.° 2201 de 1987, que consagra el derecho a la pensión cuando el trabajador cumpla inclusive 10 años, por lo que hay que buscar la norma más favorable al trabajador, y que con la expedición de la Ley 50 de 1990, no se revocó la Ley 71 de 1988, para los trabajadores oficiales, pues ella se encamino a regular a los particulares.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, determinar si hay lugar o no, a que se le reconozca a los demandantes la pensión sanción regulada en el artículo 74 del Decreto 1848 de 1969.

PENSIÓN SANCIÓN LEGAL PARA TRABAJADORES OFICIALES.

Precisa la Sala, que tal como ha sido reconocido por la jurisprudencia laboral, este tipo de prestaciones se estructuran a la terminación del vinculo laboral, de modo que lo que causa el derecho es el retiro del trabajador del servicio –y no la edad-, después de haber cumplido con el tiempo requerido en las disposiciones vigentes (CSJ SL773-2013 y SL3773-2018).

En este caso, al estar acreditado en el proceso, así como al no haber sido motivo de inconformidad en la alzada, la edad de nacimiento, los extremos temporales y la forma de terminación del contrato de trabajo de cada uno de los demandantes, tenemos la siguiente información:

NOMBRE	FECHA DE NACIMIENTO	EXTREMO INICIAL	EXTREMO FINAL	FOLIOS
CARLOS ARTURO GALLEGO CUELLAR	18-feb-61	1-sept-79	25-jul-03	612 AL 615, 626 AL 629, 659 AL 662
LUIS IGNACIO PATARROYO PUENTES	31-ene-58	5-ene-81	25-jul-03	664 AL 666, 677 AL 679, 703 AL 705
JAIRO MORENO GARCES	8-abr-63	16-sept-86	25-jul-03	722 AL 725, 736 AL 740, 712
JOSE EUGENIO FONSECA SILVA	25-feb-62	5-ago-82	25-jul-03	776 AL 781, DEL 793 AL 795, 838
JAVIER ALFONSO PEREZ AREVALO	8-nov-61	16-jun-83	25-jul-03	839 AL 842, 838
GUILLERMO ALFREDO FORERO URIBE	4-jun-59	7-oct-87	25-jul-03	901 AL 903, 945 AL 949
JUDITH REBECA ROCHA ROCHA	26-sept-61	17-sept-84	25-jul-03	963 AL 966, 976 AL 980
SIMONIDES TORRES SUAREZ	10-mar-60	12-sept-89	13-ago-04	1019 AL 1022, 1050
NARCISO BLANCO PERTUZ	18-mar-63	18-sept-86	25-jul-03	1052 AL 1054, 1103
CECILIO VENTE SAAVEDRA	13-nov-60	29-dic-87	25-jul-03	1104 AL 1106, 1141
LUIS ALBERTO MENA RUIZ	21-jun-57	19-ene-80	26-jul-03	1142, 1144, 1154

				AL 1157, 1175
JAIR MENDOZA CEBALLOS	22-ene-60	19-jul-89	25-jul-03	1176 AL 1179, 1227
ALIRIO GUZMAN PEREZ	30-sept-57	17-may-82	25-jul-03	1229 AL 1232
DIEGO GUTIERREZ PEREZ	28-ene-65	16-mar-87	1-feb-06	1253 AL 1260, 1322
HORACIO GARCIA CASTAÑO	5-jul-60	13-may-85	25-jul-03	1324 AL 1327, 1345 AL 1349, 1373

De manera que, habiendo ostentado los demandantes la calidad de trabajadores oficiales de la liquidada Telecom, la finalización de su vínculo laboral por liquidación de dicha entidad y por supresión de su cargo, resulta legal, no obstante se torna injusta, pues tal motivo no está contemplado dentro de las causales establecidas en los artículos 16, 48 y 49 del Decreto 2127 de 1945, como *«justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo»* (CSJ sentencias SL3104, SL5573 y SL4906 de 2018, y SL224-2019), tal y como fuera resuelto por el juez de primera instancia.

Pese a lo anterior, se observa que la parte actora en la pretensión primera de la demanda, solicitó el pago de la pensión convencional tomando como fundamento el artículo 74 del Decreto 1848 de 1969, norma que establecia, que el empleado oficial vinculado por contrato de trabajo que fuera despedido sin justa causa después de haber laborado más de 15 años de servicios, tendría derecho a la pensión de jubilación desde la fecha del despido injusto, al cumplir 50 años de edad, o desde la fecha del despido, si tenía cumplida la edad, por cuanto aun cuando esta modalidad pensional no fue derogada ni por la Ley 71 de 1988, ni por la Ley 50 de 1990, para el caso de los trabajadores oficiales como se verifica en este caso respecto de cada uno de los demandantes, solo conservó su vigencia hasta que entró a regir el subsistema general de pensiones, en la medida en que el

parágrafo 1.° del artículo 133 de la Ley 100 de 1993, subrogó el citado artículo 74 del Decreto 1848; aunado a que el artículo 289 de la Ley 100, derogó total o parcialmente *«todas las disposiciones que le sean contrarias»*, -incluso el artículo 8.° de la Ley 171 de 1961- haciendo extensiva su aplicación, según el primigenio artículo 11 ídem *«con las excepciones previstas en el artículo 279»*, a todos los habitantes del territorio nacional, independientemente de que sean trabajadores privados u oficiales.

Entonces el artículo 74 del Decreto 1848 de 1969 rigió hasta el 1.° de abril de 1994, por lo que cada uno de los demandantes contaba hasta esa fecha para causar la prestación reclamada, debiendo acreditar en efecto, la ocurrencia del despido injusto, luego contar con el tiempo de servicios previsto en la norma, tesis que se acompasa con el criterio reiterado, vigente y pacífico fijado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre muchas otras, en las sentencias SL del 1.° mar. 2010 rad. 35485, SL17173-2016, SL3773, SL3840, y SL5199 todas de 2018; y, como se verificó que la terminación del vínculo de los demandantes tuvo lugar el 25 de julio de 2003, salvo para los casos de Diego Gutierrez Perez que lo fue el 1.° de febrero de 2006, y Simonides Torres Suárez que acaeció el 13 de agosto de 2004, fechas para las cuales ya no se encontraba vigente el Decreto 1848 de 1969, por lo que no se comparte los argumentos tenidos en cuenta por el recurrente al sustentar su recurso de apelación.

En este punto, vale la pena recordar que la normativa que regula la pensión sanción, es la vigente al momento de su causación, es decir, en la época para cuando ocurra el despido injusto (CSJ sentencia SL5528-2018); por ende, contrario a lo pretendido por la parte demandante, la norma a la que se debe acudir para estudiar el derecho pensional reclamado, es el parágrafo1.° del artículo 133 de

la Ley 100 de 1993, cuya aplicación se solicitó igualmente de manera subsidiaria en la demanda. Así que en este aspecto, le asiste la razón al *a quo*.

Es así, como se advierte que una vez revisada la totalidad de pruebas obrantes en el expediente, particularmente, el certificado de información laboral, y resumen de semanas cotizadas, se logra verificar que la totalidad de demandantes mantuvieron afiliación al sistema general de pensiones desde el 1.° de abril de 1994, y hasta la fecha de terminación de sus respectivos contratos, bien sea con Caprecom o con Colpensiones según su caso, de donde se infiere entonces, el incumplimiento del primero de los requisitos exigidos por el artículo 133 de la Ley 100, es decir, la omisión de afiliación en pensiones, como se evidencia en la siguiente tabla:

LUIS IGNACIO PATARROYO PUENTES	El trabajador registra cotizaciones a Colpensiones efectuadas a partir del 1.° de abril de 1994	119 - 123
JAIRO MORENO GARCES	El trabajador registra cotizaciones a Colpensiones efectuadas a partir del 1.° de abril de 1994	152 - 157
JOSE EUGENIO FONSECA SILVA	El trabajador registra cotizaciones a Colpensiones efectuadas a partir del 1.° de abril de 1994	203 - 206
JAVIER ALFONSO PEREZ AREVALO	El trabajador registra cotizaciones a Colpensiones efectuadas a partir del 1.° de abril de 1994	247 - 151 y 261 - 262
GUILLERMO ALFREDO FORERO URIBE	El trabajador registra cotizaciones a Colpensiones efectuadas a partir del 1.° de abril de 1994	291 - 296 y 303 a 309
SIMONIDES TORRES SUAREZ	El trabajador registra cotizaciones a Colpensiones efectuadas a partir del 1.° de abril de 1994	323
JAIR MENDOZA CEBALLOS	El trabajador registra cotizaciones a Colpensiones efectuadas a partir del 1.° de abril de 1994	335 - 345
ALIRIO GUZMAN PEREZ	El trabajador registra cotizaciones a Colpensiones efectuadas a partir del 1.° de abril de 1994	392 - 396
DIEGO GUTIERREZ PEREZ	El trabajador registra cotizaciones a Colpensiones efectuadas a partir del 1.° de abril de 1994	426 - 431

HORACIO GARCIA CASTAÑO	El trabajador registra cotizaciones a Colpensiones efectuadas a partir del 1.° de abril de 1994	Expediente administrativo f.°1267
LUIS ALBERTO MINA RUÍZ	El trabajador registra cotizaciones a Colpensiones efectuadas a partir del 1.° de abril de 1994	Expediente administrativo f.° 1255
JUDITH REBECA ROCHA ROCHA	El trabajador registra cotizaciones a Colpensiones efectuadas a partir del 1.° de abril de 1994	Expediente administrativo f.° 1247
NARCISO BLANCO PERTUZ	El trabajador registra cotizaciones a Colpensiones efectuadas a partir del 1.° de abril de 1994	Expediente administrativo f.° 1251
DIEGO GUTIERREZ PEREZ	El trabajador registra cotizaciones a Colpensiones efectuadas a partir del 1.° de abril de 1994	Expediente administrativo f.° 1263
CECILIO VENTE SAAVEDRA	El trabajador registra cotizaciones a Colpensiones efectuadas a partir del 1.° de abril de 1994	1771 - 1779

En consecuencia, como los demandantes no causaron la pensión sanción estipulada en el artículo 74 del Decreto 1848 de 1969, ni la regulada en el artículo 133 de la Ley 100, habrá de **confirmarse** en su totalidad la sentencia de primera instancia apelada y consultada en favor de las demandadas.

Sin costas en la instancia, ante su no causación.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 21 de marzo de 2019, por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo considerado en la parte motiva de esta providencia.

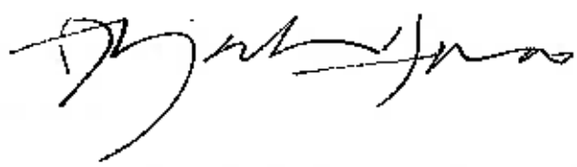
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,

DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **BOANERGE QUINTERO CASTILLO** contra **LA EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO y ASEO DE BOGOTÁ E.A.A.B. E.S.P.**

EXP. 11001 31 05 **019 2019 00520** 01

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.° 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia absolutoria proferida el 16 de octubre de 2020, por el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, que se declare que en los artículos 57 y 58 de la Convención Colectiva de Trabajo celebrada el 24 de noviembre de 2015, entre la demandada y el Sindicato de Trabajadores y Empleados de Servicios Públicos, Corporaciones Autónomas, Institutos Descentralizados y Territorios de Colombia – Sintraemsdes, se pactó que los contratos de trabajo de quienes se encontraban vinculados a la empresa para la fecha de dicha firma, son a término indefinido, y que por lo tanto, el contrato de trabajo a término fijo suscrito entre las partes integrantes de la litis el 2 de enero de 2013, junto con sus adiciones en la realidad y conforme lo pactado en la Convención Colectiva de Trabajo, es a término indefinido; en consecuencia, se condene a la demandada a insertar en dicho contrato de trabajo dicha anotación, y a reconocer todos y cada uno de los beneficios convencionales pactados, y causados desde la fecha de su vinculación *«incluyendo su reintegro en el evento de terminación del contrato de trabajo y/o indemnización por despido sin justa causa»* (f.° 4, 5).

Sustentó sus pretensiones, en que los servidores públicos de la entidad demandada son trabajadores oficiales, quienes crearon la organización sindical Sintraemsdes, que a su vez celebró el 24 de noviembre de 2015, una Convención Colectiva de Trabajo con dicha entidad, en cuyo artículo 57, se pactó que para garantizar la estabilidad de los trabajadores, los contratos de trabajo se suscribirán a término indefinido, así como los de los vinculados a la mencionada fecha.

Señaló, que el 2 de enero de 2013, suscribió con la demandada el contrato de trabajo a término fijo n.° 372448 con duración hasta el

1.° de julio siguiente, para desempeñarse en el cargo de Profesional Nivel 22; el citado contrato fue prorrogado en varias ocasiones hasta el 31 de diciembre de 2013, al 30 de junio y al 31 de diciembre de 2014, al 31 de mayo y al 30 de noviembre de 2015; posteriormente, se celebró otro contrato a término fijo n.° 37037248 con vigencia entre el 2 de diciembre de 2015 y el 31 de diciembre de 2016, con prórrogas hasta el 31 de diciembre de 2017, 31 de diciembre de 2018, 31 de diciembre de 2019, tiempos durante los cuales ha ejecutado el mismo cargo.

Agregó, que se encuentra afiliado a Sintraemsdes, y como se le efectúan descuentos con destino a la misma, es beneficiario de la mencionada Convención Colectiva de Trabajo, *"por ende su estabilidad no está sujeta a participar en el concurso al cual hace alusión la referida convención (...)capítulo VII (...) en el denominado "Régimen de Transición"»*, porque fue establecido para el ingreso de trabajadores para el ingreso de trabajadores con posterioridad a la firma de esta; reclamó administrativamente el 22 de mayo de 2019, pero fue negada el 18 de junio siguiente; la demandada abrió concurso para proveer el cargo que ocupa en la actualidad, y lo sometió a participar en el mismo, por lo tanto, desconoce que en la realidad se encuentra vinculado a término indefinido (f.° 5-9).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 22 de agosto de 2019, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (f.° 120), quien contestó con oposición con el argumento de que la norma convencional es clara y no es susceptible de interpretaciones con alcances distintos a los allí dispuestos; propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, compensación, buena fe de la entidad y mala fe del demandante (f.° 125-146).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.° 121, 124).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 16 de octubre de 2020, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación, en consecuencia, absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra y se abstuvo de imponer costas a las partes (f.° 202, 203).

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

El **DEMANDANTE,** argumentó que la *a quo* olvidó valorar el Acuerdo 024 del 20 de noviembre de 2015, en donde se estableció que se acaba la planta transitoria creada en la entidad demandada, por ser imprescindible crear una planta de cargos de 1193 trabajadores oficiales a término indefinido con el fin de garantizar y fortalecer la prestación de servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo, por recomendación del Departamento Administrativo del Servicio Civil Distrital efectuada el 1.° de octubre de 2015, dadas las reiteradas solicitudes de prórroga que denotan la necesidad de garantizar la continuidad en la operación comercial operativa y gestión social; de manera que, el cargo que desempeña como es profesional, desde el 20 de noviembre de 2015, es a término indefinido.

Agregó, que se debe tener en cuenta que dentro de la Convención Colectiva de Trabajo, se pactó que cualquier interpretación que indirecta o indirectamente desmejore los derechos adquiridos de los trabajadores en convenciones colectivas, será ineficaz y no surtirá ningún efecto frente a los beneficiarios, y que la

demandada se comprometió a continuar con el cumplimiento y la aplicación del régimen laboral y prestacional más favorable pactado en convenciones colectivas, aunado a que según el artículo 58 de dicha normativa establece que solo se pueden contratar trabajadores a término fijo, si cumplen 4 eventos, lo que aquí no ocurre, pues lleva más de 7 años al servicio de la demandada.

LA ENTIDAD DEMANDADA, solicitó la condena en costas a cargo del demandante, por haber sido vencido en juicio, aunado a que la entidad ha asumido una representación judicial y gastos administrativos parala defensa de este proceso.

V.CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala verificará como problema jurídico, si según los artículos 57 y 58 de la Convención Colectiva de Trabajo celebrada el 24 de noviembre de 201,5 entre la demandada y Sintraemsdes, el contrato del demandante debe ser celebrado a término indefinido; para posteriormente, verificar la viabilidad de la imposición de costas procesales a la parte demandante.

Sintraemsdes, suscribió el 24 de noviembre de 2015, una convención colectiva con la demandada para la vigencia 2015-2019 (f.° 55-108), que dicho sea de paso se aportó con el lleno de los requisitos legales y jurisprudenciales (artículo 469 del Código Sustantivo de Trabajo - CSJ SL8718-2014, SL21776-2017, SL265, y SL535 ambas de 2018). Al respecto, debe indicarse además, que no fue objeto de discusión que el demandante hace parte de dicha organización sindical pues así fue admitido por la demandada al contestar el hecho 25 de la demanda (f.° 133), y a f.° 36, se aportó

comprobante de nómina en el que consta que para mayo de 2019, se le efectuaban descuentos con destino al mencionado sindicato.

Efectuada la lectura de la convención colectiva reseñada, tenemos que es desafortunado el entendimiento otorgado por el apelante al texto establecido en el artículo 57, dado que dice lo siguiente:

> *«CLASE DE CONTRATO: Con el objeto de garantizar la estabilidad de los trabajadores entiéndase que todos los contratos que suscriba la empresa con los trabajadores,* ***serán*** *celebrados a término indefinido. La empresa se compromete a vincular a todos sus trabajadores oficiales mediante contrato de trabajo a término indefinido* ***previo concurso de mérito*** *con los criterios del escalafón.*
>
> *Respecto a los trabajadores actualmente vinculados, la clase y naturaleza de los contratos serán a término indefinido, entendiéndose como tales, aquellos que tienen vigencia mientras subsisten las causas que le dieron origen y la materia del trabajo. (...)»* (Negrillas y subrayas de la Sala).

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

> *«CONTRATO OCASIONAL Y TRANSITORIO Y A TÉRMINO FIJO: La Empresa podrá celebrar contratos que no tengan el carácter de contratos a término indefinido, cuando se trate de la realización de una obra o labor determinada, de la ejecución de un trabajo ocasional, accidental o transitorio, casos en los cuales podrá celebrarse por el tiempo que dure la realización de esta obra o trabajo únicamente.*
>
> *De manera excepcional, la Empresa podrá vincular trabajadores mediante contrato laboral a término fijo única y exclusivamente en los eventos de remplazo de personal en vacaciones o en licencia. El término de estos contratos no podrá ser superior a la duración de las vacaciones y licencias en virtud de las cueles 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.*
>
> *PARÁGRAFO: Lo anterior sin perjuicio de otorgar los encargos al personal de planta de acuerdo con las necesidades del servicio, caso en el cual la vinculación que aquí se autoriza procederá respecto de la vacancia que el encargo implica.*
>
> *En ningún caso podrá vincularse trabajadores mediante contrato*

laboral al término fijo que no obedezca a las anteriores justificaciones ni por términos mayores a los especificados para cada evento.»

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

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

Según la documental que reposa de f.° 20 a 34 y 155 a 167, se encuentra que entre las partes se suscribieron dos contratos de trabajo a término fijo; uno el 2 de enero de 2013, con base en lo dispuesto en la Ley 6.ª de 1945, el Decreto 2127 de 1945 y el Acta de Acuerdo celebrada en diciembre de 2012 entre la E.A.A.B. E.S.P. y la Subdirectiva de Bogotá de Sintraemsdes, por lo que se estableció que en cumplimiento a lo establecido en los artículos 23 a 25 de la Convención Colectiva de Trabajo 2012-2014, *«se vienen adelantando los*

estudios correspondientes para definir el Modelo Público de Gestión Comercial, Operativa y Social de los Servicios de Acueducto y Alcantarillado, el cual estará definido en el año 2013, por lo que es necesario celebrar contratos de trabajo a término fijo, por un periodo de 6 meses, según el modelo público que se defina, todo conforme el acta suscrita entre Sintraemsdes Subdirectiva Bogotá y la EAAB ESP de diciembre de 2012, que da alcance a la Convención Colectiva de Trabajo 2012-2014 y que forma parte integral de este contrato», por lo anterior, de esa forma se pactó su duración con la Dirección de Gestión de Compensaciones, así como sus prórrogas para desempeñarse en la Dirección del Servicio de Acueducto y Alcantarillado de la Zona 2; de modo que estas situaciones, bien se enmarcan en la regla 1.ª de la reseñada excepción.

El otro, se suscribió con la Dirección de Mejoramiento de la Calidad de Vida el 2 de diciembre de 2015, de acuerdo con lo reglado en la Ley 6.ª de 1945, los Decretos 2127 de 1945, en el 1083 de 2015, y la Convención Colectiva de Trabajo 2015-2019, para desempeñarse en la Gerencia de la Zona Dos; y al respecto, ha de advertirse que según el artículo 57 ya transcrito, para que se efectúe la vinculación de los trabajadores oficiales mediante contrato de trabajo a término indefinido, debe haber mediado con anterioridad un concurso de méritos con los criterios del escalafón, pues así se pactó en el inciso n.° 13 del preámbulo de la Convención Colectiva, y en los artículos 42 y 43, que regulan lo atinente al escalafón, promoción, los criterios parala elaboración de pruebas y el proceso de selección.

Aunado a ello, en los artículos 38 a 43, se pactó que a partir de la firma de dicha Convención Colectiva de Trabajo (24 de noviembre de 2015), la única planta de personal que existirá en la E.A.A.B. E.S.P., será la planta de personal mínima oficial acordada en la misma, esto es, 3539 cargos de trabajadores oficiales y 79 de empleados públicos, más 363 trabajadores oficiales que hacen parte de los procesos de lectura, revisiones internas, reparto y volanteo, y

69 trabajadores oficiales del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo. Lo cual considera la Sala que no contradice en absoluto lo dispuesto en el Acuerdo 24 del 20 de noviembre de 2015 (f.° 111-118), que considera incumplido el apelante, en tanto que la planta de personal mínima que se acordó entre el sindicato y la demandada, es superior en número de trabajadores a los números establecidos por la junta Directiva de la demandada, en el mencionado Acuerdo (3166 trabajadores oficiales que incluyen los 1193 cargos que se acordó crear en el artículo 1.°).

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

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

Además de lo anterior, en los artículos 49 a 52 y 54, se estableció un régimen de transición para quienes como el demandante, están

contratados bajo las modalidades de contrato a término fijo y labor contratada para facilitar su ingreso con contrato a término indefinido a través de concurso de méritos de los trabajadores de la planta de personal oficial de la E.A.A.B. E.S.P., desde el 1.° de diciembre de 2015 hasta el 30 de noviembre de 2020, por lo que como el demandante era parte de la planta transitoria, se pactó en dicho articulado que su contrato a término fijo venció el 30 de noviembre de 2015, tal y como da cuenta la última prórroga del primer contrato y el memorando interno n.° 1410001-2015-2821 del 28 de octubre del mismo año visibles a f.° 27, 161 y 162.

De igual forma, se estableció que dichos trabajadores *«a partir del 1.° de diciembre de 2015, (...) serán vinculados con contrato a término fijo, dentro de la Planta Oficial Definitiva de la EAAB ESP por un término inicial de 13 meses que irá desde el 1.° de diciembre de 2015 hasta el 31 de diciembre de 2016. Estos contratos se prorrogarán automáticamente conforme con lo establecido en el capítulo de Formalización Laboral contenido en la presente Convención Colectiva de Trabajo»*, y que se les aplicaría la evaluación de eficiencia, que fue lo que ocurrió con el demandante, si se observa tanto el contenido, duración y prórrogas del segundo contrato suscrito con la demandada ya reseñado, como la evaluación aportada a f.° 168.

Así las cosas, el demandante sin duda alguna debió hacer parte del concurso de méritos conforme las 3 convocatorias que dispuso el artículo 53, con la gran ventaja que según el parágrafo 1.°, se podía inscribir a las 3 convocatorias y aspirar al ascenso sin límite de niveles con las restricciones señaladas en la Convención Colectiva de Trabajo.

Máxime, que el Comité de Desarrollo Humano y Empresarial – CODHE, a través de las actas del 16, 19 de octubre y 21 de diciembre de 2018, pactó no solo con Sintraemsdes, sino con Sintraserpucol, aprobar la realización del concurso de méritos para la provisión de

vacantes mediante contrato de trabajo a término indefinido, en los términos visibles de f.° 169 a 178, por lo que se sacó a concurso un número total de 2521 vacantes en un solo proceso licitatorio que debió iniciarse en el 2018, en cumplimiento de lo dispuesto en las convenciones colectivas suscritas con las dos organizaciones sindicales mencionadas.

De igual forma, en dichas actas se aprobó la forma de inscripción a las convocatorias, lo relacionado con la lista de elegibles y el modelo de probabilidad frente al puntaje definitivo, las respectivas actualizaciones de contratos, y los proyectos de resolución para establecer el proceso de selección y adoptar un procedimiento transitorio para proveer cargos, lo cual se materializó finalmente en las Resoluciones n.° 081 y 082 del 20 de enero de 2019 y 0288 del 7 de abril de 2010 visibles de f.° 179 a 194, última en la que además se dispuso el proceso de selección y promoción de personal para proveer vacantes mediante concurso de méritos.

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

Las convenciones colectivas constituyen un todo y, por tanto, para desentrañar la intención de las partes su interpretación debe ser integral, armónica y útil a los intereses y expectativas razonables de ambas partes (CSJ SL17030-2016), sin que sea viable acudir al principio de favorabilidad, porque este opera únicamente ante la coexistencia de normas vigentes que regulan la materia en una situación de duda (artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo y CSJ SL, 11 mar. 2009 rad. 35213, SL450-2018 y SL2343-2020), lo que aquí no ocurre; tampoco puede alterarse el contenido de las mencionadas normas. De los textos aducidos no se derivan multiplicidad de interpretaciones que abran paso a la selección de una más favorable, cuestión suficiente para dar traste con lo invocado por el apelante (CSJ SL, 15 feb. 2011 rad. 40662 rememorada en la SL12032-2015).

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

Es que la duda que se pueda generar en la aplicación o en la interpretación de las fuentes formales del derecho laboral y de la seguridad social, debe ser aquella que se encuentre en la mente del

juzgador y no la que propongan las partes. De no existir tal duda, no se abre el camino para acudir al referido principio de la favorabilidad (CSJ SL14064-2016 reiterada en la SL1240-2019).

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

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

Finalmente, es necesario precisar que el modelo de interpretación que ha tomado esta Sala como ejemplo, es lo

adoctrinado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL15963-2016 rememorada en la SL16994-2017, proferidas dentro de procesos en contra de la misma entidad demandada en los que se ha planteado como problema jurídico uno similar al aquí dilucidado, y es, sin lugar a dudas, establecer si entre las partes en dichos litigios se configuró un solo contrato de trabajo a término indefinido regulados por articulados con la misma redacción a los aquí estudiados pero de Convenciones Colectivas vigentes en años anteriores al periodo en el cual estuvo vigente el acuerdo convencional aquí analizado.

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

Para resolver lo concerniente a las costas procesales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso, numeral 1.° del Código General del Proceso, aplicable al procedimiento laboral por remisión del artículo 145 del C.P.T y S.S. dispone que debe condenarse en costas a la parte vencida en juicio, o a quien se le resuelvan desfavorablemente los recursos de apelación, casación o revisión que haya interpuesto.

Ahora bien, la condena en costas contiene una obligación procesal que se dirige contra el patrimonio de la parte vencida, y que otorga a favor del vencedor, el derecho a que le sean reintegrados los gastos procesales.

Por su parte, el artículo 366 numeral 4.° *ibídem*, dispone que: «*para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquéllas establecen*

solamente un mínimo, o éste y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas».

A su turno, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura expidió el Acuerdo n.° 10554 de 2016, en los que se fijan los parámetros para la fijación de las agencias en derecho en los procesos declarativos y ejecutivos.

Descendiendo al caso que nos ocupa, encuentra la Sala, que si bien las costas en primera instancia no se impusieron, razón por la cual habría lugar a imponer la suma de $200.000.oo, en contra del demandante, atendiendo el marco normativo citado y en consideración a que en este proceso la parte actora fue vencida en juicio, las costas correrán a cargo de este extremo procesal.

Acorde con lo indicado, es claro que hay lugar a confirmar la providencia recurrida, y por lo tanto, las costas en esta instancia serán liquidadas en cuantía de $400.000°°, en virtud de lo anteriormente expuesto.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión 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 apelada, proferida el 16 de octubre de 2020, por el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: COSTAS. Costas en ambas instancias a cargo de la parte demandante, de la siguiente manera: en primera instancia, la suma de $200.000.oo; y en segunda instancia, la suma de $400.000.oo

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,

DAVID A. J. CORREA STEER

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **MARÍA ELVIRA IZQUIERDO DE NÚÑEZ** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**.

EXP. 11001 31 05 **020 2019 00514 01**

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia absolutoria proferida el 4 de septiembre de 2020, por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante que se condene a la demandada a reconocer y pagar la pensión de vejez a partir del 8 de marzo de 2008, junto el retroactivo de las mesadas pensionales ordinarias y adicionales causadas hasta el 24 de noviembre de 2011, así como los intereses moratorios (pág. 4, 5 archivo n.° 2 expediente digital).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, indicó que nació el 8 de marzo de 1953; cotizó para pensión hasta el 30 de abril de 2005, un total de 1.087 semanas; solicitó ante el Instituto de los Seguros Sociales el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, la cual inicialmente fue negada mediante las Resoluciones n.° 037452 el 19 de agosto, la n.°056049 del 26 de noviembre del 2009, y la n.°02607 de 2010; el 24 de noviembre del 2014, solicitó nuevamente la pensión, por lo que Colpensiones, la reconoció en Resolución n.° GNR 142159 de 2015, a partir del 1.° de junio de 2015, decisión confirmada por medio de Resolución n.° GNR 314106 de 2015, pero modificada parcialmente en Resolución n.° VPB 32623 de 2016. El 23 de diciembre de 2016, solicitó nuevo estudio de reconocimiento y pago del retroactivo pensional y los intereses moratorios, lo cual fue negado a través de Resolución n.° GNR 391224 de 2016, (pág. 5, 6 archivo *ídem*).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda fue admitida el 30 de julio del 2019 ordenándose su notificación y traslado a la demandada (pág. 54 archivo *ídem*).

COLPENSIONES, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, bajo el argumento de que la

demandante elevó la primera solicitud de reconocimiento pensional el 24 de noviembre de 2014, a pesar de haber obtenido su status pensional el 8 de marzo de 2008, por lo que se puede concluir que las mesadas pensionales causadas hasta el 24 de noviembre de 2011, sufrieron del fenómeno de la prescripción. Propuso como excepciones las denominadas prescripción, inexistencia del derecho reclamado, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, indemnización moratoria, I.P.C., indexación o reajuste alguno, compensación y la no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de Seguridad Social del orden público (pág. 59-71).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (pág. 57, 58 archivo *ídem).*

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 4 de septiembre de 2020, absolvió a Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones y condenó en costas a la parte demandante, tras considerar que si bien el estatus jurídico de pensionada al tenor de lo dispuesto en los artículos 36 de la Ley 100 de 1993, y 12 del Acuerdo 049 de 1990, lo adquirió la demandante el 8 de marzo de 2008, lo cierto es que las mesadas reclamadas a título de retroactivo pensional en el presente proceso, se encuentras prescritas (archivo n.° 5 expediente digital).

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La demandante, argumentó que es beneficiaria del régimen de transición, cumplió la edad para pensión el 8 de marzo de 2008,

momento para el cual, ya estaba retirada del sistema, y sin embargo, el entonces Instituto de los Seguros Sociales, le negó la pensión de vejez, al considerar que no tenía el número suficiente de semanas para acceder a la prestación solicitada.

Indicó, que pese a lo anterior, siguió insistiendo ante la entidad demandada con el fin de que le reconociera su derecho, el cual se le reconoció el derecho inicialmente a partir del año 2014, y luego se modificó para reconocerlo desde el 24 de noviembre de 2011; de manera que, como el conteo de semanas cotizadas no lo lleva ni el patrono ni el trabajador, sino la entidad que ampara los riesgos de invalidez y muerte en la cual se deposita la confianza, no debió declararse probada la prescripción, porque la entidad demandada no puede quitarle sus derechos causados por la irresponsabilidad, negligencia y mala interpretación, al no cargarle las semanas totales y haber lesionado su derecho de tal forma que cuando cumplió en el 2008 su edad para pensión, no pudo disfrutar de la misma sino 7 años después, cuando se corrigió el error totalmente imputable a la demandada.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala verificará como problema jurídico, si el retroactivo pensional causado entre el 8 de marzo de 2008 y el 24 de noviembre de 2011, se encuentra prescrito o no.

Está al margen de la discusión, que aun cuando la prestación por vejez, inicialmente le fue negada a la demandante por el extinto Instituto de Seguros Sociales, mediante las Resoluciones n.° 037452 el 19 de agosto, 056049 del 26 de noviembre del 2009 y 02607 de

2010, bajo el argumento de que el haberse trasladado por un tiempo al RAIS, no conservó el beneficio de la transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ni reunió los requisitos exigidos por la Ley 797 de 2003 por tener un total de 988 semanas de cotización (pág. 14-21 archivo n.° 2); posteriormente, como consecuencia de haberse solicitado un nuevo estudio de la prestación, Colpensiones en Resolución n.° GNR 142159 de 2015, reconoció la pensión reclamada al tenor de lo dispuesto en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, por virtud de la preservación del régimen de transición y a partir del 1.° de junio de 2015, en cuantía de $730.790, tras haberse verificado un total de 1064 semanas de cotización (pág. 22-27 archivo *ídem).*

Ahora, a pesar de que dicha decisión en principio fue confirmada por la Resolución n.° GNR 314106 de 2015 (archivo n.° 3 expediente administrativo); posteriormente, fue modificada parcialmente en Resolución n.° VPB 32623 de 2016, en la que se encontró acreditado un total de 1087 semanas de cotización, y se estableció que realmente el estatus de pensionada lo adquirió la demandante el 8 de marzo de 2008, pero por virtud de la prescripción tendría derecho al pago de las mesadas a partir del 24 de noviembre de 2011, en cuantía inicial de $682.547, en aplicación del concepto jurídico de la entidad rendido en comunicación del 16 de diciembre de 2014, radicado BZ 2014_10461115, en el que se unificaron los términos de prescripción de las prestaciones económicas del régimen de prima media con prestación definida (pág. 28-34 archivo n.° 2*).*

De manera que, Colpensiones no desconoció que la demandante había adquirido el estatus de pensionada por vejez el 8 de marzo de 2008, como aquí se solicita, y mucho menos, que la respectiva prestación debía reconocerse desde esa data, sino que lo que ocurrió en este caso, es que aplicó de manera directa en sede administrativa la prescripción de las mesadas causadas entre el 8 de marzo de 2008

y el 23 de noviembre de 2011, lo cual se encuentra conforme a derecho al tenor de lo establecido en el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, aplicable en materia de pensiones, máxime cuando la demandante elevó una nueva solicitud de reconocimiento de la pensión de vejez el 24 de noviembre de 2014, ante la demandada (pág. 22 archivo *ídem)*, pese a que podía haber acudido directamente a la jurisdicción ordinaria laboral, con el fin de perseguir el reconocimiento y pago de su derecho, ya que el mismo había sido negado por el extinto I.S.S. en las reseñadas Resoluciones n.° 037452 el 19 de agosto, 056049 del 26 de noviembre del 2009 y 02607 de 2010, y ya se había agotado la vía gubernativa que hubiera dado paso a una posible suspensión de la prescripción hasta el 24 de noviembre de 2010, data en la que se notificó la última Resolución 02607 de 2010, con la advertencia de que fue el fenómeno extintivo fue interrumpido por primera vez en el año 2009, por lo que, se itera, pudo haber activado el aparato judicial directamente hasta antes del 24 de noviembre de 2013, lo que no ocurrió ya que la demanda finalmente se instauró el 11 de julio de 2019 (pág. 53 archivo n.° 2 expediente digital).

Y pese al yerro que pudo haber cometido Colpensiones, en relación con el conteo de semanas, lo mismo también hubiera ocurrido en sede judicial, pues teniendo en cuenta los medios exceptivos propuestos por la demandada y la data en la que se reclamó el derecho pensional, es claro que las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 24 de noviembre de 2011, se encuentran afectadas por el fenómeno extintivo de la prescripción, pues no se acreditó que con anterioridad al 24 de noviembre de 2014, se hubiera interrumpido en tiempo la prescripción de algunas mesadas, en el entendido de que esta, se interrumpe por una sola vez, salvo en los casos en que la prestación sea periódica, como las acciones pensionales (CSJ SL794-2013 reiterada en las STL2637-

2018 y STL1807-2019), en los que se pueden presentar múltiples interrupciones, dado que cada mesada tiene un término de contabilización diferente y autónomo pues no se trata de una prestación de ejecución instantánea.

En consecuencia, como en ningún yerro incurrió Colpensiones al haber negado el retroactivo pensional en Resolución GNR 391224 de 2016 (pág. 40-44 archivo n.° 2 y archivo n.° 3), ni el *a quo* en la sentencia impugnada, se **confirmará** la decisión absolutoria.

Sin costas en la instancia ante su no causación.

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

RESUELVE:

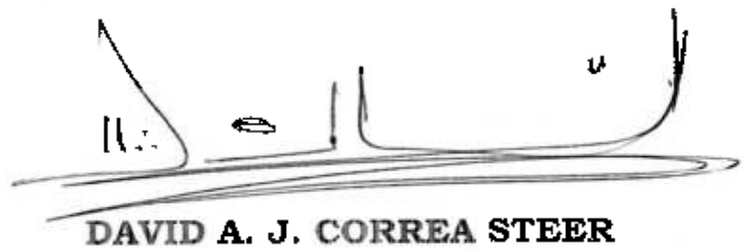
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, proferida el 4 de septiembre de 2020, por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo considerado.

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

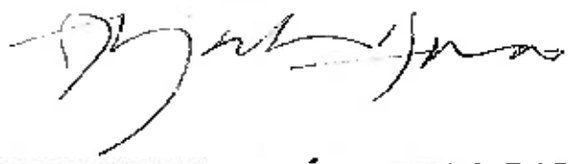
TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO,** atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:
https://etbcsj-
my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15a1tsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/Eve9_4TCn3VMIgE6racuYSYB0fThhnYvckEg4nQ806V6Q?
e=6Y7yql

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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **ALIX CONSUELO PARRA MÁRQUEZ** y **MARÍA EUGENIA ECHEVERRY SANZ** contra **PORVENIR S.A.**

EXP. 11001 31 05 **023 2017 00693 01**

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.° 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por la demandante María Eugenia Echeverri, y la demandada PORVENIR S.A., contra la sentencia proferida el 10 de septiembre de 2020, por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se condenara a PORVENIR S.A., a reconocerle y pagarle la pensión de sobrevivientes, a partir de la fecha de su causación, esto es, el 4 de diciembre de 2016, día en el que falleció su compañero permanente, el señor Cornelio Hernández Muñoz Nates (q.e.p.d.); al pago del retroactivo pensional; de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993; de lo que resultare probado ultra y extra petita, y las costas del proceso.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, manifestó que el señor Cornelio Hernández Muñoz Nates (q.e.p.d.), falleció el 4 de diciembre de 2016; que se encontraba afiliado a PORVENIR S.A.; que convivió con él, en unión libre por más de 20 años y hasta el día de su fallecimiento; que el día 17 de mayo de 2017, reclamó la pensión de sobrevivientes ante PORVENIR S.A.; que dicha A.F.P. le informó que la señora María Eugenia Echeverri Sanz, también solicitó la pensión de sobrevivientes, por lo que le aconsejó que de forma amigable se pusiera de acuerdo con esta respecto de los tiempos de convivencia con el afiliado, y que el causante estaba casado con la señora María Eugenia Echeverri Sanz, pero que nunca se adelantaron trámites para la disolución y liquidación de la sociedad conyugal.

Agregó, que siempre veló por el cuidado y la situación familiar del causante, y que pese a que la señora María Eugenia Echeverri Sanz, a través de su abogada, le propuso que la pensión de sobrevivientes fuera reconocida en un 50% para cada una, la realidad era que la única persona que había tenido vida marital con el causante había sido ella, y por ende, quien tiene el derecho a recibir la prestación reclamada.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 12 de diciembre de 2017, ordenándose la notificación y traslado a la demandada. Igualmente, como de los hechos narrados en la demanda, el *a quo* advirtió uniformidad de intereses entre la actora, y la señora María Eugenia Echeverri Sanz, en su condición de cónyuge del señor Cornelio Hernández Muñoz Nates, ordenó que se le notificara el auto admisorio de la demanda, con el fin de que manifestara si era su deseo intervenir en el proceso, en su calidad de TERCERA AD EXCLUDENDUM (f.° 50).

Mediante oficio de 15 de mayo de 2019, la apoderada de la parte demandante solicitó que se decretara la acumulación del presente proceso, al que de igual procedimiento y demandado se adelantaba en el Juzgado Segundo Laboral el Circuito de Manizales, por la señora María Eugenia Echeverri Sanz (f.° 130).

Así, en auto de 20 de mayo de 2019, el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., ofició al Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Manizales - Caldas, a fin de que se sirviera certificar la fecha del auto de admisión de la demanda, dentro del proceso ordinario laboral bajo el n.° 17001310500220180035600, iniciado por María Eugenia Echeverri Sanz contra Porvenir S.A. (f.° 146), Así, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Manizales, indicó que el proceso adelantado por María Eugenia Echeverri Sáenz, se admitió por auto de 13 de septiembre de 2018 (f.° 171).

Por todo lo anterior, en proveído de 25 de noviembre de 2019, el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dispuso la acumulación del proceso ordinario n.° 2018 00356, en conjunto con el presente proceso (f.° 217).

MARÍA EUGENIA ECHEVERRI SANZ, se opuso a la pretensión de la actora respecto del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes. Esgrimió, que la pensión de sobrevivientes debía ser reconocida en cuantías iguales para la demandante y ella, pues habían tenido convivencia simultánea con el causante.

Coadyuvó las pretensiones del reconocimiento de los intereses moratorios, y de que se condenara en costas a PORVENIR S.A. No propuso excepciones (f.° 149 - 155).

LA ADMINISTRADORA DE FONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS - PORVENIR S.A., manifestó no oponerse ni allanarse a las pretensiones que versan sobre el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, y el retroactivo pensional, como quiera que previamente le correspondía al despacho dirimir de forma definitiva el conflicto entre la actora, y la señora María Eugenia Echeverri Sanz. No obstante, se opuso a que fuera condenada a reconocer los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, pues estos únicamente proceden cuando hay mora en el pago de mesadas pensionales, lo que no ha sucedido en el presente caso.

Propuso la excepción previa que denominó no comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios, y las excepciones de mérito de buena fe, y afectación del sostenimiento financiero del sistema general de pensiones (f.° 70 -80).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia de 3 de septiembre de 2020, declaró que las demandantes Alix Consuelo Parra, y María Eugenia Echeverri Sanz, acreditaron los

requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes, en virtud del fallecimiento del señor Cornelio Hernando Muñoz Nates; condenó a la demandada PORVENIR S.A., a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes, en cuantía de $2.665.147, por trece mesadas pensionales al año, y aplicando los reajustes legales anuales correspondientes; a cancelarle a la demandante Alix Consuelo Parra Márquez el 73% de la mesada pensional, y a la demandante María Eugenia Echeverri Sanz el 27% restante; a reconocer las mesadas pensionales debidamente indexadas al momento de su pago; autorizó a PORVENIR S.A., a efectuar los respectivos descuentos por aportes a salud; al pago del retroactivo hasta el 31 de agosto de 2020, por un valor de $141.572.831, del cual le corresponde a la demandante Alix Consuelo Parra la suma de $103.348.163, y a María Eugenia Echeverri Sanz la suma de $38.224.668; absolvió a Porvenir S.A. de las demás pretensiones incoadas en su contra, y a Alix Consuelo Márquez de las pretensiones incoadas por María Eugenia Echeverri Sanz.

Esgrimió, que en el presente caso no hubo convivencia simultánea entre el señor Cornelio Hernando Muñoz Nates y las señoras María Eugenia Echeverri Sanz y Alix Consuelo Márquez, por cuanto con las pruebas arrimadas al proceso y los testimonios practicados, se demostró que el causante convivió con la primera de ellas desde el 22 de febrero de 1991, data en la que contrajeron nupcias, hasta el año 1997, y con la segunda de ellas, desde el año 1998, hasta el día en que se produjo el deceso del causante, esto es el 4 de diciembre de 2016.

No obstante, aclaró que la señora María Eugenia Echeverri si tenía derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, como quiera que en la reciente sentencia SL-1730 de 2020, la H. Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia estableció, que la exigencia

de un tiempo mínimo de convivencia de 5 años no aplica para los beneficiarios que reclamen la pensión de sobrevivientes por muerte del afiliado, pues la simple acreditación de la calidad exigida de cónyuge o compañero permanente, como sucedió en el presente caso con el registro civil de matrimonio, da lugar al reconocimiento de la pensión de sobreviviente.

Por este motivo, concluyó que la pensión de sobrevivientes debía ser otorgada en proporción al tiempo de convivencia que logró demostrar cada una de las demandantes.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de **LA PARTE DEMANDANTE, MARÍA EUGENIA ECHEVERRY SANZ**, interpuso recurso de apelación.

Manifestó, no estar conforme con la decisión proferida por el juez de primera instancia, por cuanto la pensión de sobrevivientes debió ser concedida en un 50% para ambas cónyuges, y no en la proporción que se determinó, pues contrario a lo que manifestó el *a quo,* si hubo convivencia simultánea.

Esgrimió, que debía tenerse en cuenta que María Eugenia Echeverry Sanz, y Cornelio Hernández Muñoz Nates, nunca terminaron su relación, ni liquidaron su sociedad conyugal, ni se divorciaron legalmente, lo que se podría evidenciar con el testigo Víctor Muñoz Nates, quien refirió que su tío jamás quiso disolver este vínculo matrimonial, y del señor Felipe Muñoz, hijo de la pareja, quien manifestó que sus padres nunca se divorciaron.

Arguyó, que si bien el causante fijó su residencia en otra ciudad, nunca se ausentaba por periodos largos de tiempo, y aunque tenía

una relación paralela seguía visitando a su esposa e hijos, por lo que los lazos de amor y afecto entre la pajera se mantuvieron vigentes hasta la fecha de su deceso.

Señaló, que el *a quo* desconoció pruebas que daban cuenta de la convivencia del causante con la señora María Eugenia, como los registros telefónicos que demuestran que hablaban a diario, y los varios documentos donde ella figura como su esposa.

Dijo, que conforme a la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el requisito de la convivencia debe ser evaluado de acuerdo con las particularidades de cada caso, pues en ocasiones se pueden presentar circunstancias que impiden que los cónyuges vivan juntos, como lo fue en el presente caso el trabajo del causante, y la enfermedad de la señora María Eugenia.

La parte **DEMANDADA**, Porvenir S.A., manifestó que no podía ser condenada a asumir el pago de la indexación de las mesadas pensionales, pues el motivo por el cual no había reconocido la pensión de sobrevivientes era porque estaba a la espera de que la justicia ordinaria dirimiera el conflicto presentado entre la señora María Eugenia Echeverry Sanz, y Alix Consuelo Parra Márquez.

V. CONSIDERACIONES

Para decidir la apelación interpuesta por las partes, el tribunal tendrá en cuenta las previsiones del artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, según el cual, la sentencia de segunda instancia y la decisión sobre los autos apelados, deberán estar en consonancia con las materias objeto de la apelación, lo cual le impone un límite a la competencia del tribunal, ya que no puede ir más allá de las inconformidades expuestas por el recurrente. En este

orden, la sala tendrá como problemas jurídicos los siguientes: ***i)*** si a las demandantes les corresponde el pago de la pensión de sobrevivientes en una proporción de 50%, por cuanto existió convivencia simultánea con el causante ***ii)*** y si PORVENIR S.A., debe asumir el pago de la indexación de las mesadas pensionales.

Por cuestiones de método, preliminarmente se estudiará el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, para después resolver el recurso de apelación presentado por PORVENIR S.A.

DEL RECURSO DE APELACIÓN DE LA PARTE DEMANDANTE

Se encuentra acreditado dentro del plenario ***i)*** que el deceso del señor Cornelio Hernando Muñoz Nates, ocurrió el 4 de diciembre de 2016, como consta en el registro civil de defunción obrante a f.° 15 del expediente; ***ii)*** que el día 22 de febrero de 1991, contrajo nupcias con la señora María Eugenia Echeverry Sanz, como se desprende del registro civil de matrimonio n.° 498998 (f.° 197); ***iii)*** y que tanto la señora Alix Consuelo Parra Márquez, y la señora María Eugenia Echeverry Sanz, reclamaron la pensión de sobrevivientes en calidad de compañera permanente, y cónyuge, respectivamente, de acuerdo con lo informado por Porvenir S.A., a ambas, en oficios de 12 de junio de 2017 (f.° 108 - 109, y f.° 110 y 111).

Ahora bien, en relación con quiénes son los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, según el literal a) del citado artículo 13, para el presente caso, son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes en forma vitalicia los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, entre otros, el cónyuge o compañera permanente siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1399-2018, explicó que según la normatividad citada *"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)".*

Además, dicha Corporación precisó, que mientras los compañeros permanentes deben demostrar el cumplimento del requisito expresamente establecido en la norma, a favor del cónyuge separado de hecho, con vínculo matrimonial vigente, la convivencia mínima por un lapso de cinco años pueda ser en cualquier tiempo, en el entendido de que, mientras el vínculo matrimonial no se disuelva, los deberes de la pareja subsisten, al margen de si se allanaron a ellos o no (CSJ SL4346-2015, SL6990-2016, SL1399-2018 y SL1880-2018), lo anterior, independientemente de si el causante de la prestación es un afiliado o un pensionado.

Así las cosas, en aplicación del criterio jurisprudencial señalado, descendiendo al caso de marras, para acreditar la calidad de beneficiaria de María Eugenia Echeverry Sanz, se tiene el registro civil de matrimonio visible a f.° 197, sin que en este se registren inscripciones o notas marginales de alguna especie. Así mismo, del registro civil de nacimiento que reposa dentro del cuadernillo acumulado (f.° 17), se verifica que para la data del fallecimiento de su esposo, ella contaba con 57 años de edad.

Por su parte, el núcleo familiar formado entre el causante y María Eugenia Echeverry Sanz, se demuestra con las pruebas obrantes dentro del cuadernillo acumulado, en el que reposan los registros civiles de nacimiento de sus hijos, Laura Jimena Muñoz Echeverry (f.° 21), y Felipe Esteban Muñoz Echeverri (f.° 20); el certificado de afiliación emitido por E.P.S. CAFESALUD, en donde la señora María Eugenia aparece como beneficiaria del señor Cornelio Hernando Muñoz Nates (f.° 22), y Certificado emitido por Recordar S.A.S. (f.° 37), en donde consta que el causante se encontraba afiliado al Plan de Previsión Exequial Prepagado, en el cual se encontraban inscritos la señora María Eugenia, los hijos, la madre del causante, y la aquí demandante, la señora Alix Consuelo Márquez Parra (f.° 37).

Ahora bien, como en el presente caso no se disolvió el vínculo matrimonial entre el causante, y la señora María Eugenia, le correspondía acreditar a ésta, que entre ambos existió una convivencia mínima por un lapso de 5 años en cualquier tiempo, lo que a juicio de esta sala ocurrió en el presente caso, como quiera que se allegó el registro civil de matrimonio, que da cuenta de que contrajeron nupcias el día 22 de febrero de 1991, y lo admitido por la señora María Eugenia en su interrogatorio de parte, de que convivió con el señor Cornelio desde 1989, hasta 1997, año en el que el causante abandonó el hogar.

Lo anterior, fue corroborado por la testigo Rubby Alba López Uribe, quien manifestó constarle que la señora María Eugenia y el Causante convivieron bajo el mismo techo en la ciudad de Medellín, y posteriormente se mudaron a Bogotá.

Sin embargo, no resulta claro para esta sala que efectivamente la señora María Eugenia y el causante hayan vivido juntos durante el lapso comprendido entre el año 1989, y el día 22 de febrero de 1991,

en la ciudad de Medellin, pues si bien la referida testigo indicó que éstos habían compartido techo, también manifestó que María Eugenia, durante su estancia en esta ciudad, vivió con su hermana mayor, la señora Graciela Echeverry, sin que haya aclarado si el señor Cornelio también había vivido con ellas. De modo que, solo se tendría demostrada la convivencia de María Eugenia con el causante, desde el día 22 de febrero de 1991, hasta el año 1997, como bien lo adujo el *a quo*.

En relación con Alix Consuelo Parra Márquez, quien contaba con 59 años de edad (f.° 16), al momento del fallecimiento del causante, se tienen las siguientes probanzas para acreditar la calidad de compañera permanente de Cornelio Hernández Muñoz Nates:

El testigo Octavio Gonzáles Capera, quien manifestó ser el vecino de Alix Consuelo, pues vive en su mismo edificio, manifestó conocer de la relación de la demandante con el señor Cornelio desde 1998, año en el cual Alix Consuelo, se mudó con el causante al edificio; al indagársele sobre su conocimiento de la relación sentimental entre ambos, afirmó que hacían todo tipo de actividades juntos; que conoció del precario estado de salud del señor Cornelio, pues en varias ocasiones él, y otros vecinos ayudaban a bajarlo desde el tercer piso en una silla, y que Alix Consuelo fue quien lo acompañó al momento de su muerte, el día 4 de diciembre de 2016.

Igualmente, el testigo Víctor Eduardo Muñoz Rosero, sobrino del causante, indicó que conocía a Alix Consuelo desde hace 18 años, esto es, desde que se vino a vivir a la ciudad de Bogotá a cursar sus estudios universitarios; que siempre tuvo claro que fue la compañera permanente de su tío, y que en las oportunidades en que lo visitaba, ella siempre estaba con él.

Así mismo, declaró que Alix Consuelo fue quien siempre acompañó a su tío durante su enfermedad, y que ella era conocida por toda su familia como la compañera permanente del señor Cornelio.

De manera que, conforme el reseñado material probatorio, se considera acreditada la calidad exigida, de cónyuge y compañera permanente de las demandantes, quedando cumplido el supuesto previsto en el literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, lo que da lugar al reconocimiento de las prestaciones derivadas de la contingencia, esto es, la pensión de sobrevivientes.

Ahora bien, respecto de lo afirmado por la recurrente de que la convivencia entre María Eugenia y Cornelio persistió, incluso cuando este inició una relación sentimental paralela con Alix Consuelo, como se podía acreditar con las pruebas arrimadas al proceso, debe decirse que no se comparte dicha apreciación, pues el hecho de que el testigo Víctor Eduardo Muñoz, haya expresado que su tío jamás disolvió el vínculo matrimonial con María Eugenia, no da cuenta de que ello haya sido con la intención de mantener una comunidad de vida con ella, pues el testigo refirió que le constaba que su tío mantuvo una relación sentimental con Alix Consuelo, hasta el momento de su muerte, y no con su esposa, pese a que nunca dejó de prestarle una ayuda económica a ella y a sus hijos.

Lo dicho por el testigo Víctor Eduardo Muñoz, fue corroborado por las señoras Gloria Inés Muñoz Mejía, y Rubby Alba López Uribe, al rendir su declaración, pues estas afirmaron que el señor Cornelio siempre apoyó económicamente a María Eugenia, que este vivía en Bogotá, y que viajaba con frecuencia a la ciudad de Manizales a visitarla, así como a sus dos hijos, y nietas gemelas.

La frecuencia en que eran realizadas dichas visitas se puede inferir de lo expresado por la señora María Eugenia, y su hijo, Felipe Esteban Muñoz, quienes afirmaron que Cornelio, viajaba al municipio de Chichiná - Caldas, y a la ciudad de Manizales a visitarlos, principalmente, en ocasiones especiales y en la época de vacaciones, lo que desvirtúa por completo la convivencia entre ambos, pues como bien lo determinó el *a quo,* dichas visitas eran realizadas de manera esporádica.

De todo lo anterior se desprende, que el señor Cornelio siempre apoyó económicamente a María Eugenia, y jamás se desligó de sus obligaciones como padre de familia para con sus hijos Laura y Felipe Esteban, motivo por el cual mantuvo contacto frecuente con su esposa, en el periodo comprendido entre 1998 y el 4 de diciembre de 2016, pero no una convivencia, por cuanto durante el lapso referido, Cornelio y Alix Consuelo, mantuvieron un vínculo afectivo estable, siendo ella incluso quien lo acompañó en su enfermedad, durante los años inmediatamente anteriores a su deceso, pues la señora María Eugenia, también admitió no haber estado presente en ese proceso, ya que se encontraba a cargo del cuidado de su madre, quien padecía Alzheimer, como lo corroboró su hijo Felipe Esteban Muñoz, y que incluso, no pudo asistir al sepelio de su esposo por lo traumático que había sido el suceso para ella.

Así las cosas, como no incurrió en yerro alguno el *a quo* al determinar que el tiempo de convivencia acreditado en juicio entre la señora María Eugenia, en su condición de cónyuge del señor Cornelio, fue desde el 22 de febrero de 1991, hasta el año 1997, esto es por un total de 7 años, y con la señora Alix Consuelo, desde el año 1998, hasta el 4 de diciembre de 2016, es decir, 18 años, resulta razonable la conclusión de fijar la asignación de los porcentajes a favor de cada litigante, respecto de la pensión de sobrevivientes, así:

en un 27% para la señora María Eugenia Echeverry Sanz, y en un 73%, para la señora Alix Consuelo Parra Márquez, ya que no podía efectuarse la misma en una proporción de 50% para cada una, como quiera que no existió convivencia simultánea. Por lo que sobre este punto habrá de **confirmarse** la sentencia apelada.

DEL RECURSO DE APELACIÓN DE PORVENIR S.A.

Sobre lo manifestado por la recurrente **PORVENIR S.A.**, de que no podía ser condenada al pago de la indexación de las mesadas pensionales, debido a que no había reconocido la pensión de sobrevivientes porque estaba a la espera de que se dirimiera el conflicto presentado entre María Eugenia Echeverry Sanz, y Alix Consuelo Parra Márquez, debe aclararse que su imposición es perfectamente viable, pues la indexación no comparte una condena adicional a la solicitada (SL-359 de 2021, y SL-2893 de 2021)

En efecto, en la reciente sentencia SL-359 de 2021, nuestro órgano de cierre aclaró que *«(...) la indexación se erige como una garantía constitucional (art. 53 CP), que se materializa en el mantenimiento del poder adquisitivo constante de las pensiones, en relación con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE. A su vez, el artículo 1626 del Código Civil preceptúa que «el pago efectivo es la prestación de lo que se debe», esto es, que la deuda debe cancelarse de manera total e íntegra a la luz de lo previsto en el artículo 1646 ibidem. De ahí que, si la AFP no paga oportunamente la prestación causada en favor del afiliado, pensionado o beneficiario, tiene la obligación de indexarla como único conducto para cumplir con los mencionados estándares de totalidad e integralidad del pago».*

Lo anterior, por cuanto la indexación no implica el incremento del valor de las mesadas pensionales que le corresponde reconocer a PORVENIR S.A., pues su función simplemente cosiste en evitar la

pérdida del poder adquisitivo de la moneda; tampoco puede tenerse como parte de las mesadas, ya que no se impuso con el ánimo de satisfacer las necesidades sociales de las beneficiarias de la pensión de sobrevivientes, y menos como una sanción, pues no busca castigar a la A.F.P., sino garantizar que los créditos pensionales no pierdan su valor real. Por lo que, sobre este punto, también se **confirmará** la sentencia apelada.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión 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:

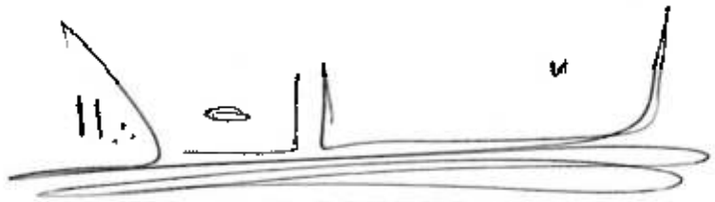
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 10 de septiembre de 2020, por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo considerado en la parte motiva de esta providencia.

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

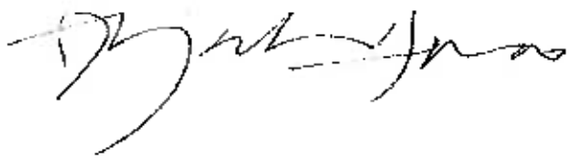
TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO,** atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **OLGA LUCÍA ARBOLEDA MOSQUERA** contra **INGELDAC S.A.S.**

EXP. 11001 31 05 **027 2018 00219 01**

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.° 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada, contra la sentencia proferida el 29 de octubre de 2020, por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, que se declarara que entre INGELDAC S.A.S. y ella, existió un contrato de trabajo a término indefinido, el

cual fue celebrado de forma verbal. Consecuencialmente, que se condenara a la demandada al pago de las siguientes sumas: $500.000 por concepto del salario que dejó de percibir durante 15 días; $38.500, de auxilio de transporte; $134.713 de cesantías; $2.021 de intereses a las cesantías; $134.713 de prima de servicios; $62.500 de vacaciones y $23.633.333 de indemnización moratoria.

Para el efecto, manifestó que el día 16 de febrero de 2016, celebró un contrato de trabajo a término indefinido de forma verbal con la demandada, para desempeñarse en el cargo de auxiliar administrativo; que el salario devengado era de $1.000.000; que la relación laboral finalizó el día 30 de marzo de 2016, debido a que su jefe inmediato la acusó de hurto por la supuesta pérdida de unos cheques, y que el día 16 de abril de 2016, presentó derecho de petición ante la accionada para solicitar el pago de la quincena laborada, entre el 15 de marzo y el 30 de marzo de esa anualidad, y su respectiva liquidación.

Agregó, que posteriormente se dirigió al Ministerio del Trabajo par que dicha autoridad mediara en el pago de las sumas de dinero que le adeudaba la empresa; que el día 20 de abril de 2016, la demandada le consignó la suma de $759.200, desconociendo los días laborados y las prestaciones sociales que se causaron; que mediante auto de 21 de julio de 2016, la autoridad judicial decidió no formular cargos contra la empresa, debido a que el Coordinador del Grupo de prevención e Inspección, Vigilancia y Control, se encontraba imposibilitado para tomar una decisión; que el 18 de octubre de 2016, interpuso recurso de apelación y en subsidio de apelación contra dicha decisión, pero que la decisión fue confirmada mediante Resolución n.° 002814 de 12 de septiembre de 2017, y que el 3 de noviembre de 2017, fue notificada de la Resolución n.° 003257 de 13 de octubre de 2017, la cual revocó el auto n.° 2760 de 21 de julio de

2016, para en su lugar reconocerle el derecho; y que el Ministerio de Trabajo la instó a acudir a la jurisdicción ordinaria laboral para que se dirimiera el presente conflicto.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 25 de septiembre de 2018, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (f.° 53).

INGELDAC S.A.S., se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas por la actora. Manifestó, que solo existió un contrato verbal de trabajo, entre ella y la demandante, y que ésta se encontraba en periodo de prueba para el momento en que ocurrieron los hechos.

Propuso las excepciones de pago de consignación de las prestaciones, y compensación (f.° 69 - 72).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia de 29 de octubre de 2020, condenó a la empresa INGELDAC S.A.S a pagar a la actora la suma de $759.219, correspondiente al valor de los salarios, prestaciones sociales y vacaciones causadas durante la vigencia de la relación laboral, y al pago de la indemnización moratoria por la suma de $23.999.760, aclarando que a partir del 2 de febrero de 2018, la demandada debía pagar los intereses moratorios causados sobre el valor de los salarios y prestaciones sociables debidos hasta cuando el pago se efectuara; declaró no probadas las excepciones de pago por consignación de las prestaciones y compensación, y condenó en costas a la demandada.

Consideró, que el problema jurídico a resolver, consistía en determinar si la demandada había logrado demostrar que canceló a la actora el valor de los salarios, vacaciones, y prestaciones sociales causadas entre el 16 de febrero de 2016, y el 30 de marzo de 2016, y si la empresa debía indemnizar a la actora por la mora en el pago de los salarios, y prestaciones sociales generados durante la vigencia de su contrato de trabajo.

Esgrimió, que si bien la empresa demandada había efectuado la respectiva consignación de la liquidación de las prestaciones sociales en el Banco Agrario, con posterioridad a la finalización del contrato laboral de la actora, tal consignación no liberaba a la demandada del reconocimiento de la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo, dado que la demandante no había acceder al referido en más de 4 años, pues la demandada se abstuvo de realizar el trámite previsto en el parágrafo 2.° del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, pese a ser un trámite eminentemente administrativo que no genera costo alguno.

Argumentó, que la accionada debía reconocerle a la demandante la suma de $759.219, teniendo en cuenta que ésta jamás recibió el valor consignado por la demandada.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La **PARTE DEMANDA,** interpuso recurso de apelación para que fuera revocada la sentencia en su totalidad.

Adujo, que siempre obró de buena fe por cuanto a los 20 días después de que la demandante abandonó el trabajo, efectuó la respectiva liquidación, y que nunca se negó al pago de las prestaciones sociales.

Solicitó, que se declarara que hubo compensación respecto al valor reconocido por el *a quo* por concepto de prestaciones sociales, teniendo en cuenta los perjuicios que la actora causó al cobrar los $6.000.000 de los dos cheques que fueron hurtados por ella.

V. CONSIDERACIONES

Para decidir la apelación interpuesta por las partes, el tribunal tendrá en cuenta las previsiones del artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, según el cual, la sentencia de segunda instancia y la decisión sobre los autos apelados, deberán estar en consonancia con las materias objeto de la apelación, lo cual le impone un límite a la competencia del tribunal, ya que no puede ir más allá de las inconformidades expuestas por las recurrentes. En este orden, la sala tendrá como problemas jurídicos los siguientes: ***i)*** analizar si la conducta de la demandada, de efectuar la consignación ante el Banco Agrario de la liquidación de las prestaciones sociales de la actora, con posterioridad a la finalización del contrato, estuvo precedida de buena fe, ***ii)*** y si hubo compensación respecto de la suma de $759.219.

DE LA INDEMNIZACIÓN MORATORIA DEL ARTÍCULO 65 DEL CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO

El artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, establece que si a la terminación del contrato de trabajo, el empleador no paga al trabajador los salarios y las prestaciones debidas, deberá pagarle al trabajador, como indemnización, una suma igual al último salario diario por día de retardo hasta por 24 meses, o hasta que verifique el pago si el periodo es menor; y si transcurridos los 24 meses el trabajador no ha iniciado su reclamación por vía ordinaria, el

empleador deberá pagarle al trabajador intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria.

Valga recordar que, para establecer la procedencia de la indemnización descrita, la jurisprudencia ordinaria laboral ha definido, de antaño, que se debe estudiar, en cada caso particular, la conducta remisa del empleador, para con ello establecer, si su obrar, al abstenerse de pagar en forma oportuna y completa los salarios y prestaciones sociales a la finalización del nexo contractual, está precedido o no, de buena fe, por encontrarse justificado en motivos serios que, a pesar de no resultar del todo viables o jurídicamente acertadas, sí pueden ser consideradas como atendibles (CSJ sentencia SL12854 de 24 ago. 2016 rad. 45175).

Ahora bien, en el presente caso debe tenerse en cuenta que el inciso segundo de la referida norma, dispone que si no hay acuerdo respecto del monto de la deuda, o si el trabajador se niega a recibir la liquidación, el empleador debe consignar ante el juez del trabajo o la primera autoridad política del lugar, el monto que crea adeudar.

En sentencia SL de 29 de julio de 1988, rad.° 2264, reiterada en sentencia SL - 4400 de 2014, nuestro órgano de cierre precisó que el pago por consignación se compone de varios pasos, así:

> *«El pago por consignación es un acto complejo que supone la sucesión de varios pasos, comenzando por el depósito mismo en el Banco Popular, siguiendo por la remisión del título al Juzgado Laboral y concluyendo con la orden del juez aceptando la oferta de pago y disponiendo su entrega, acto este último que reviste gran importancia frente al problema de la mora en los eventos en que el juez se ve impedido de disponer la entrega por circunstancias imputables a la responsabilidad del deudor o consignante.*

Para que el pago por consignación produzca sus efectos plenamente liberatorios es indispensable que alcance el efecto de dejar a disposición del beneficiario la suma correspondiente y ello se logra mediante la orden del juez ordenando lo pertinente. Sólo en tal momento debe tenerse par cumplida la condición para que cese el efecto de la indemnización moratoria, salvo que la razón por la cual no se produzca esa orden no sea imputable a responsabilidad del consignante" (Sentencia 11 de abril de 1985)».

De análisis del acervo documental allegado al proceso, se observa que el día 4 de abril de 2020, la empresa demandada efectuó consignación ante al Banco Agrario de la liquidación de prestaciones sociales de la demandada, por un valor de $759.219 (f.° 89, 93), valor que corresponde a las acreencias laborales enlistadas en la liquidación de prestaciones sociales realizada el día 17 de mayo de 2016 (f.° 33).

No obstante, observa la sala que la demandada omitió realizar la remisión del titulo de depósito n.° A 602753 al juzgado laboral, motivo por el cual este no fue sometido a reparto. Dicha omisión, fue admitida por el señor Idinael Arnulfo Castellanos R., representante legal de la demandada, quien también confesó no haber realizado el procedimiento dispuesto en el inciso segundo del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, debido a que no consideró pertinente hacerlo, pues le resultaba más costoso que la misma liquidación de la actora.

Lo dicho por el representante legal, fue corroborado por la testigo María Nelly Guevara Ramos, quien manifestó que al momento de la finalización del contrato laboral de la actora, no se realizó la liquidación de prestaciones sociales, sino que posteriormente se le hizo una consignación en el Banco Agrario, sin que se hubiese surtido el trámite por consignación que corresponde, por tratarse de un monto muy pequeño.

A juicio de ésta sala, el argumento manifestado por el representante legal de la demandada, no puede ser considerado como un motivo atendible para sustraerse de su obligación de efectuar el pago por consignación de la liquidación de las prestaciones sociales de la demandante conforme a la ley, máxime si se tiene en cuenta que se trata de un procedimiento eminentemente administrativo y sin costo alguno, como bien lo adujo la *a quo,* aunado al hecho de que en la audiencia de que trata el artículo 77 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, se le puso de presente a las partes el proceso que debía agotarse para la prosperidad del pago por consignación de la liquidación de prestaciones sociales.

Es claro entonces, que hubo mala fe por parte de la demandada, pues no efectuó el trámite de reparto del título ante los juzgados laborales pese a ser su obligación y tener conocimiento de ello. Lo anterior, genera entonces la imposición de la sanción moratoria establecida en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

De otra parte, manifiesta el apelante que debió declararse la excepción de compensación respecto del valor reconocido a la actora correspondiente a las prestaciones sociales, por los perjuicios que ésta causo al cobrar dos cheques por $6.000.000 que le pertenecían a la empresa.

Al respecto, conviene recordar que dicho punto no fue objeto de la fijación del litigio, por cuanto éste simplemente se centró en determinar si había lugar al pago y reconocimiento a la actora de la acreencias laborales, salario e indemnización moratoria por el periodo que laboró para la empresa demandada, esto es, entre el 16 de febrero de 2016, y el 30 de marzo de la misma anualidad. Así, al encontrarse

la sala inhabilitada para pronunciarse sobre dicho tópico, se **confirmará** la sentencia de primera instancia en su totalidad.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión 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 día 29 de octubre de 2020, por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo considerado en la parte motiva de esta providencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,

DAVID A. J. CORREA STEER

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **YAMILE CÓRDOBA GUTIÉRREZ** y **CARLOS ESTIVEN GUZMÁN CÓRDOBA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES EICE.**

EXP. 11001 31 05 **028 2018 00376** 01

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha arriba señalada y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.° 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación formulado por la demandada y surtir el grado jurisdiccional de consulta en su favor y de Carlos Estiven Guzmán Córdoba, respecto de la sentencia proferida el 2 de septiembre de 2020, por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante que se declare la nulidad de las Resoluciones n.° 042799 de 2008, GNR358619 de 2013, GNR165154 y VPB15870 de 2014 proferidas por la demandada, y todas aquellas que se relacionen con la negación de la *«pensión de vejez y/o pensión de sobrevivientes»* de quien ostentaba la calidad de cotizante en el régimen contributivo, Rafael Ángel Guzmán (Q.E.P.D.); en consecuencia, a título de restablecimiento se condene a la demandada a reconocerle la pensión de sobrevivientes en calidad de cónyuge supérstite *«que en vida le correspondía a su difunto esposo, Rafael Ángel Guzmán, conforme a las normas aplicables a los servidores públicos del Departamento de Cundinamarca»*, junto con los intereses legales, indexación y perjuicios (f.° 78, 79).

Como sustento relevante de sus pretensiones, manifestó que su esposo Rafael Ángel Guzmán (Q.E.P.D.), cotizó en vida 1025 semanas a la Caja de Previsión de Cundinamarca y al I.S.S.; laboró a servicio de la Gobernación de Cundinamarca entre el 12 de abril de 1978 y el 31 de julio de 1996, conforme da cuenta la Resolución n.° 01198 de 1996 y la certificación n.° 0524 de 2005 del Departamento de Cundinamarca; fue retirado de manera unilateral, indemnizado, y beneficiario del régimen de transición, por lo que el 31 de julio de 2008, solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez al extinto I.S.S., dado que con anterioridad ya había reclamado la corrección de su historia laboral; la mencionada entidad negó la prestación mediante Resolución n.° 0422799 de 2008, con el argumento de que no reunió los requisitos de las Leyes 71 de 1988, 33 de 1985, en relación con los tiempos de servicio, ni las exigencias de la Ley 797 de 2003.

Afirmó, que su esposo se vio obligado a seguir cotizando como independiente hasta septiembre de 2008, y continuar peticionando la

corrección de su historia laboral; así que solicitó nuevamente la pensión el 9 de enero y el 2 de marzo de 2009, empero mediante oficios del 6 de marzo, 12 de mayo y 9 de septiembre de 2009, el I.S.S. siempre dio traslado entre las distintas áreas, sin obtener una respuesta definitiva.

Agregó, que de la unión con su esposo nació su hijo Carlos Steven Guzmán Córdoba; su esposo falleció el 1.° de febrero de 2011, por lo que el 18 de febrero de 2013, solicitó a la demandada la pensión de sobrevivientes, en su propio nombre y en representación de su hijo menor, empero fue negada mediante Resoluciones n.° GNR358619 de 2013, GNR165154 y VPB15870de 2014, bajo el argumento de que el causante no reunió las 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a su fallecimiento, teniendo en cuenta únicamente lo cotizado con el Departamento de Cundinamarca, omitiendo el tiempo restante cotizado al I.S.S. (f.° 5-7).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda, inicialmente se repartió a la Subsección B de la Sección 2.ª del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que admitió la acción de nulidad y restablecimiento del derecho el 18 de febrero de 2016, y ordenó el traslado de rigor (f.° 92, vto).

COLPENSIONES, contestó con oposición y para lo cual argumentó que al estudiar la prestación solicitada con las Leyes 33 de 1985 (régimen de transición) y 797 de 2003, no se encontraron reunidos los requisitos, así que propuso como excepciones las de inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, buena fe, prescripción, pago, compensación y no pago de intereses moratorios (f.° 105-113).

La audiencia del artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se llevó a cabo el 25 de julio de 2017, y el 31 de mayo de 2018, la Subsección B de la Sección 2.ª del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, declaró su falta de jurisdicción, tuvo como válidas todas las actuaciones hechas hasta el momento, y ordenó remitir las diligencias a los Jugados Laborales del Circuito de Bogotá (f.° 130-135).

Por nuevo reparto, la demanda se asignó al Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá, que avocó conocimiento el 17 de septiembre de 2018, y ordenó continuar con el trámite respectivo señalando fecha para la audiencia del artículo 80 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (f.° 138, 139).

En audiencia del 11 de septiembre de 2019, la *a quo* ordenó la vinculación de Carlos Steven Guzmán Córdoba, hijo de la demandante y del causante, quien no participó en el trámite surtido ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo (f.° 150, 151), y una vez notificado, mediante apoderada judicial solicitó tener en cuenta en su favor, todas las pruebas aportadas al proceso allegadas con la demanda que interpuso su señora madre, así como los alegatos de conclusión ya formulados.

Manifestó, que al ser mayor de edad, todas las cuotas partes que le pudieran corresponder por la pensión de sobrevivientes reclamadas en la época en que fue menor de edad y estudiante, deben ser acrecentadas al derecho que por ley le pueda corresponder a Yamile Córdoba Gutiérrez, quien en vía administrativa solicitó el reconocimiento de la prestación en nombre de ambos; así que coadyuvó tanto las pretensiones de su señora madre, como hechos, omisiones, antecedentes, disposiciones violadas, concepto de

violación, cuantía, pruebas y anexos, para que se tengan presentadas en favor de los dos (f.° 153-176).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 2 de septiembre de 2020, condenó a Colpensiones a reconocer la pensión *post mortem* a Rafael Ángel Guzmán (Q.E.P.D.), calculada con el IBL de los últimos 10 años conforme los salarios que certifique la Gobernación de Cundinamarca, por 14 mesadas anuales a partir del 6 de febrero de 2010; así como la sustitución pensional a la demandante, en calidad de cónyuge supérstite, a partir del 1.° de febrero de 2011, en cuantía del 80% de la mesada reconocida al pensionado fallecido con el mismo número de mesadas al año, los reajustes legales e incrementos anuales, y la indexación del retroactivo; autorizó a la demandada a descontar el porcentaje que en derecho corresponda de los aportes en salud y la absolvió de las demás pretensiones incoadas en su contra; declaró no probadas las excepciones propuestas y se abstuvo de imponer costas a las partes.

Motivó la decisión, en que no se completaron las 50 semanas dentro de los últimos 3 años a la fecha de fallecimiento del causante conforme el artículo 46 de la Ley 100 de 1993; sostuvo, que hizo una interpretación de hechos y pretensiones, sin incurrir en facultades ultra y extra petita, y así tuvo en cuenta que para esa data (1.° de febrero de 2011), no se le había reconocido la pensión de vejez al causante, habiendo adquirido dicho estatus, y que dentro de los actos administrativos allegados, no hubo discusión en la calidad de beneficiario del régimen de transición, porque como trabajador oficial contaba con 45 años de edad y 970.13 semanas de cotización para el 30 de junio de 1995, por tanto, estudió el derecho con base en la Ley 71 de 1988.

Encontró que el causante cumplió 60 años de edad el 6 de febrero de 2010, y que superó el tiempo mínimo de cotización bajo el entendido de que 20 años corresponden a 1000 semanas de cotización según la sentencia SU-130-2013, así: 72.28 semanas en el I.S.S., 897.85 semanas en Caprecundi, 68.567 semanas cotizadas entre julio de 1995, y julio de 1996, como trabajador oficial, y julio a septiembre de 2008, como trabajador independiente, para un total de 1038 semanas cotizadas en toda su vida laboral.

Descartó como beneficiario de la prestación al hijo del causante, dado que nació el 21 de noviembre de 1993, por lo que para la data del fallecimiento de su padre contaba con 18 años de edad, sin que hubiera ostentado la calidad de estudiante con posterioridad a esa data; mientras que la demandante sí demostró haber sido cónyuge del causante y convivir con él hasta la fecha de su deceso, conforme las declaraciones juramentadas allegadas; negó los intereses moratorios tras considerar que aun cuando Colpensiones negó la pensión de vejez dado que el causante no cumplía los requisitos exigidos para ello, hizo una amplia interpretación a la demanda para así reconocer tal prestación, por lo que a cambio ordenó la indexación de las sumas debidas.

Declaró no probada la prescripción por cuanto que la demandante solicitó el reconocimiento del derecho pensional a su favor el 18 de febrero de 2013, lo cual fue resuelto y notificado el 18 de septiembre de 2014, fecha para la cual estuvo suspendido el fenómeno extintivo y la demanda se radicó el 28 de enero de 2015, por lo que no transcurrió el término trienal respectivo (f.° 192-194).

IV. RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES, argumentó que no es procedente extralimitar una interpretación del proceso con respecto a los hechos materia de litigio, así que no existe prueba de una pretensión relacionada con el reconocimiento de la pensión de vejez, y en todo caso, el causante no reunió los requisitos establecidos para ser beneficiario de la pensión otorgada, en la medida en que cumplió 55 años de edad el 6 de febrero de 2005, y contaba con 18 años, 3 meses y 25 días de servicios públicos en favor del Departamento de Cundinamarca, corridos entre el 12 de abril de 1978 y el 30 de junio de 1995, insuficientes para completar 20 años continuos de conformidad con la Ley 33 de 1985, de manera que, solicitó ser exonerada de las condenas.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problemas jurídicos establecer, **1)** si la *a quo* incurrió en excesos al estudiar y conceder la pensión de vejez *post mortem* en favor del fallecido Rafael Ángel Guzmán; **2)** si él dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes en favor de la demandante y su hijo; y **3)** si se encuentran acreditados los requisitos exigidos por la normativa aplicable al caso, para tener la condición de beneficiarios de la prestación.

Lo primero por decir es, que de ninguna manera la *a quo* incurrió en excesos al interpretar la demanda para efectos de estudiar la viabilidad del reconocimiento de la pensión de vejez *post mortem* en favor del mencionado causante, si se tiene en cuenta el detallado recuento de las actuaciones surtidas dentro del proceso que hoy ocupa la atención de la Sala, efectuado en el capítulo de antecedentes

de la presente providencia; por cuanto no se puede olvidar que la actora inicialmente hizo uso de la acción contenida en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, para poner en funcionamiento el aparato judicial (f.° 78-90), y que posteriormente, tras verificarse por parte de la Subsección B de la Sección 2.ª del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, su falta de jurisdicción dado que el fallecido Rafael Ángel Guzmán, no fue un empleado público sino un trabajador oficial (f.° 134, 135), y así se constata del contenido de la Resolución n.° 01198 de 1996 expedida por la entonces Gobernadora del Departamento de Cundinamarca, mediante la cual se le concedió al ex trabajador la indemnización convencional por terminación unilateral del contrato de trabajo (f.° 29, 30), y con los certificados de información laboral proferidos por dicho Departamento, del que se verifica que el cargo ocupado por el occiso, fue el de Chofer I en el Distrito de Conservación de Carreteras de Girardot de la División de Vías dependiente la Secretaría de Obras Públicas (f.° 31, 32, 36).

De manera que, al conservarse la validez de todo lo actuado y, por disposición del artículo 138 del Código General del Proceso, la Juez 28 Laboral del Circuito de esta ciudad, debió continuar con el trámite procesal como lo hizo, y hacer una interpretación de la demanda al tenor de lo establecido en la cláusula general de competencia de esta jurisdicción ordinaria laboral, establecida en el artículo 2.° del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, en concordancia con los artículos 5.°, 6.°, 11, 25 a 27 y 31 *idem.*

Así las cosas, no había que hacerse una exhaustiva lectura del libelo introductor para darse cuenta que lo que realmente pretendió la demandante, en coadyuvancia con su hijo Carlos Steven Guzmán Córdoba, era que les fuera reconocida en su favor, la prestación pensional *«que en vida le correspondía a su difunto esposo, Rafael Ángel Guzmán, conforme a las normas aplicables a los servidores públicos del*

Departamento de Cundinamarca», de ahí que solicitaron la nulidad de los actos administrativos expedidos por el extinto Instituto de Seguros Sociales y por Colpensiones, mediante los cuales se le negó tanto al causante la pensión de vejez como a los beneficiarios la pensión de sobrevivientes (f.° 78, 79, 153-176), pretensiones que fueron ampliamente sustentadas en los fundamentos fácticos allí expuestos. Nótese que incluso, dentro de las disposiciones normativas que la parte actora consideró vulneradas, se adujeron las Leyes 33 y 62 de 1985, 71 de 1988, el Decreto 3135 de 1968 y el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por ser en su sentir, aplicables en forma directa al causante en tratándose de un servidor público (f.° 84-86).

A ello se agrega, que en la audiencia inicial del artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que se llevó a cabo el 25 de julio de 2017, se fijó el litigio en establecer si el mencionado causante, tenía derecho o no al reconocimiento y pago de una pensión de jubilación y en qué términos, y en caso afirmativo, verificar si procede reconocer la pensión de sobrevivientes a la demandante, en calidad de cónyuge supérstite, sin que las partes hubieran mostrado reparo alguno una vez les fue notificada la decisión en estrados (f.° 130-132 [mins. 05:36 a 08:05]).

Adicionalmente, porque la condición o calidad de *pensionado* puede ser reconocida judicialmente después de la muerte de su titular, con el fin de establecer la existencia de derechos que de ella derivan, como la pensión de sobrevivientes originada en la muerte del pensionado, ya sea por vejez o por invalidez (CSJ SL13877-2016), de ahí que los argumentos expuestos por la demandada en su apelación, se encuentran totalmente derruidos.

Aclarado lo anterior, procede la Sala a la verificación de los requisitos para acceder a la prestación por vejez o jubilación, en favor del fallecido Rafael Ángel Guzmán, así:

En ningún yerro incurrió la juzgadora de primera instancia al declarar que el causante fue beneficiario del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, porque siendo servidor público del sector departamental (f.° 29, 30, 36), a 30 de junio de 1995 contaba con 44 años de edad (f.° 63, y CD f.° 146), y a la entrada en vigencia del Acto Legislativo n.° 1 de 2005, contaba con un poco más de 1000 semanas entre tiempos públicos y privados, superando las 750 semanas exigidas en dicha normativa y, por lo mismo, su derecho pensional es viable estudiarlo a la luz del artículo 7° de la Ley 71 de 1988, reglamentado por el Decreto 2709 de 1994, que exige como requisitos para acceder a dicha prestación, acreditar 20 años de aportes privados o públicos sufragados en cualquier tiempo, sin importar si son cotizados a una caja o al ISS y 60 años de edad para el caso de los hombres.

En lo atinente a la edad, se corrobora con la cédula de ciudadanía y el registro civil de nacimiento, incluidos dentro del medio óptico allegado por la demandada, de donde se extrae que el demandante nació el 6 de febrero de 1960, por lo que cumplió los 60 años de edad en el año 2010 (f.° 63, y CD f.° 146).

En cuanto al tiempo de servicios se tiene que a las 898.14 semanas equivalentes al tiempo laborado al servicio del Departamento de Cundinamarca y cotizado a la Caja de Precisión Social de Cundinamarca–Caprecundi, hoy Fondo de Pensiones Públicas de Cundinamarca (12 de abril de 1978 a 30 de junio de 1995), se le deben sumar las semanas cotizadas por el mismo empleador al extinto I.S.S., entre el 1.° de julio de 1995 y el 30 de

julio de 1996, esto es, 55.86, bajo el entendido de que estando plenamente acreditado en juicio el vínculo laboral que ató al causante con el Departamento de Cundinamarca, la falta de cobro por parte de las administradoras de pensiones no pueden afectar a los trabajadores para el reconocimiento pensional (CSJ SL1355 y SL3160 ambas de 2019, SL1624, SL4539 y SL759 de 2018, SL4892-2017, SL1701-2016, SL8082 y SL2984 de 2015, entre muchas otras).

De manera que, no es viable descontar las semanas reportadas con *«deuda por no pago»* frente al mencionado empleador, entre el 19 y el 30 de julio de 1996, en el reporte de semanas cotizadas en pensiones que reposa dentro del expediente administrativo del causante, pues a pesar de que el 6 de marzo de 2009, el extinto I.S.S. le requirió a la Gobernación de Cundinamarca el pago de tal ciclo entre otros (f.° 48, 49), lo cierto es, que la demandada no acreditó con base en los artículos 164 y 167 del Código General del Proceso, que dicho periodo hubiera sido calificado como incobrable.

A estos tiempos laborados al servicio público departamental, se le deben sumar los tiempos cotizados por Rafael Ángel Guzmán (Q.E.P.D.) como trabajador dependiente de Incomal (desde el 23 septiembre de 1974 hasta el 9 de febrero de 1975) y de KM Industrial Ltda., (del 2 de febrero de 1977 al 2 de febrero de 1978) –72,29 semanas de cotización- e independiente entre el 1.° de julio y el 30 de septiembre de 2008 (12,87 semanas).

Con lo anterior, se verifica que a 30 de septiembre de 2008, el causante completó un total de **1039.16** semanas en toda su vida laboral que supera las **1.028,57** semanas, equivalentes a los 20 años exigidos por la normativa en cita (CSJ SL16440-2015), y para el 6 de febrero de 2010, cumplió 60 años de edad, lo que significa que desde esa data podría pensarse que adquirió el estatus de pensionado bajo

las disposiciones de la Ley 71 de 1988, para ser acreedor de la pensión por aportes que allí se regula; por ende, tendría derecho igualmente a que la prestación se le reconociera con estos lineamientos, y así, sale avante el primer problema jurídico planteado, lo que además da lugar a la **confirmación** de la decisión tendiente a reconocer la pensión de jubilación por aportes *post mortem* a Rafael Ángel Guzmán (Q.E.P.D.), a partir del 6 de febrero de 2010.

En este punto, es necesario precisar que la contabilización de tiempos realizada por esta Sala tiene como sustento lo reiterado en sentencias STL5898-2016, SL3794-2015, SL., 22 jul. 2009 rad. 35.402, entre otras de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, así como la del 4 de marzo de 1999 rad. n.° 12.503 de la Subsección B de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado y la T-248-2008 de la Corte Constitucional, en donde se indica que con posterioridad a enero de 1995 los años se contabilizan con base en 360 días al año.

Respecto del ingreso base de liquidación, en aplicación del artículo 21 de la Ley 100 de 1993, se debe calcular con el promedio de los últimos 10 años, actualizado con el I.P.C., según la jurisprudencia laboral, por hacerle falta al causante 14 años para adquirir el derecho pensional a 30 de junio de 1995, con plena observancia de los factores salariales previstos en el Decreto 1158 de 1994 (CSJ SL11571-2014).

Para tal efecto, comoquiera que dentro de la copiosa documental física y digital aportada al plenario, no se cuenta con el detalle completo de los factores salariales a tener en cuenta respecto del tiempo de servicio público servido por el causante, en virtud de lo establecido en el artículo 283 del Código General del Proceso, se

dispone que las operaciones que deberá hacer la demandada en su momento, será contar 3600 días contados hacia atrás desde la última cotización (CSJ SL., 2 jun. y 22 de jul. 2009 rad. 32997 y 35402, SL17136-2014, SL7995, SL9147, SL3794 y SL16113 de 2015, STL5898-2016 y SL10091-2017, entre muchas otras), con inclusión únicamente de los ciclos efectivamente cotizados por el causante (CSJ SL7995 y SL9147 de 2015), para obtener el I.B.L. al que debe aplicarse el 75% como tasa de reemplazo (artículo 8° del Decreto 2709 de 1994), con el fin de calcular la primera mesada pensional de jubilación a 6 de febrero de 2010, que en ningún caso podrá ser inferior a 1 SMLMV (artículos 48 de la Constitución Política, 2.° de la Ley 71 de 1988, 35 de la Ley 100 de 1993 y 8.° del Decreto 2709 de 1994),.

Dicha mesada, deberá ser reajustada anualmente conforme el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 hasta el 31 de enero de 2011, data anterior a la que falleció el causante, y pagarse en 14 mesadas al año, en virtud a que el derecho se causó antes del 31 de julio de 2011, y siempre y cuando el monto de la primera mesada que calcule Colpensiones, sea inferior a 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes para el 2010, de acuerdo con lo establecido por el Acto Legislativo 01 de 2005.

Así las cosas, teniendo en cuenta que a pesar de que la *a quo* dio algunas directrices de cómo se debía liquidar la pensión de jubilación por aportes otorgada, pero no las reseñó en la parte resolutiva de la providencia apelada, esta Sala **hará la precisión respectiva** en los términos anteriormente anotados, con la advertencia de que las mesadas que hacen parte de la masa sucesoral y que se dejan en suspenso mientras se decide quién(es) es(son) el(los) beneficiarios en calidad de herederos, son las causadas entre el 6 de febrero de 2010 y el 31 de enero de 2011, sin que se considere que

con ello se vulneran los principios de consonancia y de la *non reformatio in pejus*.

Ahora, en relación con la pensión de sobrevivientes a favor de la Yamile Córdoba Gutiérrez y de su hijo Carlos Steven Guzmán Córdoba, se tiene que, como el pensionado Rafael Ángel Guzmán (QEPD), falleció el 1.° de febrero de 2011 (f.° 62 y CD f.° 146) con 60 años de edad, dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes al tenor de lo dispuesto en los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, que modificaron los articulos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL17521-2016, SL15873-2017 y SL1362-2019).

En relación con quiénes son los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, según el numeral 2° y los literales a) y b) de los citados artículos respectivamente, tienen derecho a esta prestación los miembros del grupo familiar del pensionado; y disponen que son beneficiarios de la prestación, entre otros, la cónyuge o compañera supérstite en forma vitalicia, y en caso de que se cause por muerte del pensionado, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y una convivencia de no menos de 5 años continuos con anterioridad a este suceso; y los hijos menores de 18 años y hasta los 25 años de edad, si demuestran estudios y dependían económicamente del causante al momento de su muerte.

La demandante Yamile Córdoba Gutiérrez, acreditó la calidad de cónyuge de Rafael Ángel Guzmán (Q.E.P.D.), al celebrar juntos matrimonio bajo el rito católico, el 8 de enero de 1983 (f.° 65), tener 49 años edad al momento del fallecimiento de su esposo, por haber nacido el 26 de septiembre de 1961 (f.° 64, 66), y haber procreado con el causante, a su hijo Carlos Steven Guzmán Córdoba, quien en cuanto murió su padre contaba con 17 años de edad, tras nacer el 21 de noviembre de 1993 (f.° 67, 68, 158, 159).

En relación con la convivencia exigida por la normativa en cita, se tiene acreditada por parte de la demandante ya que a f.° 69 y 70 se aportaron declaraciones extra juicio rendidas el 22 de septiembre de 2014 ante la Notaría única del Círculo de la Mesa, Cundinamarca, por parte de Hila Idida Calambas de Valero y María Esperanza Torres Benavides, quienes adujeron conocer de vista, trato y comunicación a la demandante Yamile Córdoba, 20 y 40 años atrás, respectivamente; que les consta que aproximadamente 4 años atrás del momento en que rindieron sus declaraciones, la demandante quedó viuda de su esposo Rafael Ángel Guzmán, con quien dijeron, convivió por 28 años y tuvo un hijo llamado Carlos Guzmán; agregaron que les consta que tanto Yamile como su hijo dependían económicamente de los ingresos que percibiera el causante, por lo que desde su fallecimiento, le quedó la responsabilidad a la demandante de laborar para lograr su subsistencia y la de su hijo.

En este punto, vale la pena advertir que la Sala le dará total credibilidad a lo manifestado por las declarantes como quiera que conforme el artículo 262 del Código General del Proceso, los documentos declarativos emanados de terceros no requieren ratificación para ostentar valor probatorio, salvo cuando medie solicitud de la parte contraria, tal y como lo ha sostenido en caudalosa jurisprudencia, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, verbigracia en sentencias SL, 6 mar. 2012 rad. 43422, SL1188 y SL14129-2015, entre muchas otras; pero en el presente proceso, la demandada no solicitó la ratificación de quienes firman tales documentos.

En relación con la condición de estudiante de Carlos Estiven Guzmán Córdoba, con posterioridad al 21 de noviembre de 2011, cuando cumplió sus 18 años de edad, no se encuentra debidamente

acreditado, en la medida en que a pesar de que se aportaron los diplomas y acta de grado n.° 6 expedidos por la Policía Nacional de Colombia el 1.° de marzo de 2014, que dan cuenta de sus títulos como Técnico Profesional en Servicio de Policía y Patrullero (f.° 156, 157, 162-164), no se tiene la certeza de cuándo se iniciaron esos cursos, aunado a que a f.° 160 obra constancia del Jefe de Grupo de Administración de Hojas de Vida de la Dirección de Talento Humano de la Policía Nacional de Colombia, en la que se certifica que para el 18 de septiembre de 2019, llevaba prestando sus servicios a dicha entidad desde el 28 de septiembre de 2013.

De manera que, al presumirse la dependencia económica de los menores de edad respecto de sus padres (CSJ SL10641-2014, SL17898-2016), a Carlos Estiven Guzmán Córdoba, le correspondería el 50% de la pensión de sobrevivientes, y por tanto, tendría derecho en ese porcentaje a las mesadas causadas entre el 1.° de febrero de 2011, día en que falleció su padre, hasta el 21 de noviembre de ese mismo año (2011), cuando cumplió su mayoría de edad.

Sin embargo, no se puede perder de vista que una vez notificado, mediante apoderada judicial, solicitó que al ser mayor de edad y estar vinculado para el 2019, al Ministerio de Defensa Nacional, «*todas las cuotas partes que me pudieran corresponder por pensión de sobrevivientes para la época en que fui menor de edad (...) se disponga que sean acrecentadas al derecho que por ley le pueda corresponder a mi señora madre Yamile Córdoba Gutiérrez, por haber sido quien luchó por mi superación personal y académica desde el fallecimiento de mi padre hasta la fecha. Lo anterior para evitar que se llegue a presentar inconvenientes en la liquidación correspondiente por parte de la entidad aquí demandada (...). Una vez notificado el suscrito en debida forma, manifiesto que renuncio a términos de ley y solicito se acceda a mis pedimentos (...). Ruego acceder a la petición escrita como voluntad de mi representado (...), a favor de su señora madre, aquí demandante dentro del asunto de la referencia*», por lo que coadyuvó tanto las pretensiones, como hechos, omisiones, antecedentes, disposiciones violadas, concepto de violación, cuantía,

pruebas y anexos, descritos en el libelo introductor (f.° 153-176); lo entiende la Sala como un desistimiento al derecho que le correspondió a Carlos Estiven Guzmán Córdoba, mientras era menor de edad, con el fin de acrecentar el derecho de la demandante en un 100% a partir de la data del deceso de su padre; lo que trae como consecuencia la **confirmación** de la decisión relacionada con la concesión de la pensión de sobrevivientes, **pero** únicamente en los términos anotados.

Así las cosas, para la Sala, el monto de la prestación de sobrevivientes en favor de la demandante, por muerte del pensionado sería igual al 100% de la pensión que aquel debió disfrutar, conforme el artículo 48 de la Ley 100 de 1993, en la medida lo que se otorgó fue la pensión de jubilación por aportes *post mortem* respecto de una persona que en vida completó la totalidad de los requisitos exigidos para ello, pero que a pesar de haber reclamado su derecho, no logró acceder al mismo teniéndolo consolidado.

No obstante, como la *a quo* dispuso un 80% del monto que le hubiera correspondido en la pensión de jubilación de conformidad con el parágrafo 1.° del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, como si se tratara el causante de un simple afiliado que reunió los requisitos para pensionarse -que es totalmente distinto al caso estudiado- y tal aspecto no fue objeto de reparo por parte de su beneficiaria, en aplicación del principio de la *non reformatio in pejus*, se **confirmará** tal situación. Sin embargo, se reitera que, en ningún caso el monto de la pensión de sobrevivientes en favor de la demandante podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente, conforme a lo establecido en el artículo 35 de la presente Ley.

Sobre el retroactivo que le corresponde a la demandante, causado con posterioridad a la fecha del deceso de su esposo, se

autorizan los descuentos que por los aportes en salud debe asumir la pensionada, con el fin de no alterar el correcto funcionamiento del Sistema de Seguridad Social (artículo 204 Ley 100 de 1993, CSJ SL6472-2014 y SL6446-2015).

Se ordena la indexación al momento de su pago, de las sumas debidas, en tanto que los pensionados no pueden acarrear con la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

En relación con la prescripción, ha de indicar la Sala que, las mesadas de la pensión de jubilación por aportes regulada por la Ley 71 de 1988, y que hacen parte de la masa sucesoral, causadas entre el 6 de febrero de 2010 y el 31 de enero de 2011, no se encuentran afectadas del fenómeno prescriptivo a que hace alusión el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, como tampoco las mesadas de la pensión de sobrevivientes causadas en favor de la demandante a partir del 1.° de febrero de 2011, en la medida en que por una parte, el causante reclamó la pensión de jubilación sin que la demandada hubiera estudiado la solicitud en vida, sino que hasta el 11 de junio de 2011, le notificaron a su apoderado la Resolución n.° 012714 del 12 de abril de 2011, es decir, después de fallecido (CD f.° 104, 146).

Además, la demandante solicitó el reconocimiento de la sustitución pensional el 18 de febrero de 2013, con el radicado 2013_1043377, y la demanda se radicó ante la jurisdicción contencioso administrativa el 28 de enero de 2015, previo requisito de conciliación extrajudicial solicitado ante la Procuraduría General de la Nación el 29 de octubre de 2014, (f.° 60, 61, 78-90).

En los anteriores términos queda resuelto el recurso de apelación y surtido el grado jurisdicción de consulta. Sin costas en la instancia, ante su no causación.

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

RESUELVE:

PRIMERO: PRECISAR el numeral **primero** en el sentido de condenar a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de jubilación por aportes *post mortem* en favor de Rafael Ángel Guzmán (QEPD), **a partir del 6 de febrero de 2010,** con el promedio de los últimos 10 años, actualizado con el I.P.C., según la jurisprudencia y normativa reseñada, con plena observancia de los factores salariales previstos en el Decreto 1158 de 1994, contabilizando 3600 días hacia atrás desde la última cotización y con inclusión únicamente de los ciclos efectivamente cotizados, al que se le deberá aplicar el 75%, sin que la primera mesada sea inferior a 1 SMLMV. Dicho retroactivo, deberá ser pagado en forma indexada y a razón de 14 mesadas al año, siempre y cuando el monto de la primera mesada que calcule Colpensiones, sea inferior a 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes para el 2010, el cual además será reajustado anualmente **hasta el 31 de enero de 2011**, y hará parte **exclusivamente** de la masa sucesoral, por lo que su pago por parte de la demandada se deja en suspenso hasta tanto se acredite ante la entidad quién(es) es(son) el(los) herederos de tal pasivo.

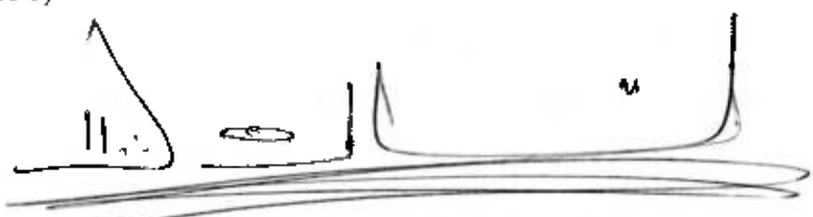
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada, pero de acuerdo con lo considerado en la parte motiva de esta providencia.

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

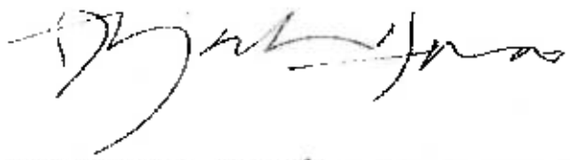
CUARTO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO,** atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **VÍCTOR MANUEL ESPINEL POVEDA** contra **UNIMINAS LTDA.** y **COLPENSIONES.**

EXP. 11001 31 05 **031 2018 00401** 01

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha arriba señalada y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.° 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, respecto de la sentencia proferida el 10 de agosto de 2020, por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, que se declare que es beneficiario del régimen de transición creado por el artículo 8.° del Decreto 1281 de 1994, y pertenece al régimen especial de pensión por alto riesgo en razón de su profesión como minero; en consecuencia, se condene a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de vejez con fundamento en lo dispuesto en los artículos 12 y 15 del Acuerdo 049 de 1990, y teniendo como salario base de liquidación para la primera mesada el que resulte de aplicar el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, en forma retroactiva e indexada a partir del 7 de febrero de 2007 (f.° 3, 4).

Como sustento relevante de sus pretensiones, manifestó que cotizó al sistema general de pensiones desde 1988 y hasta el 2013, trabajando en actividades de alto riesgo, como lo es la minería del carbón; al momento de la expedición del Decreto 1281 de 1994, tenía 40 años de edad, por lo que pertenece al régimen de transición creado por dicho decreto; conforme lo dispuesto en el artículo 15 del Acuerdo 049 de 1990, su edad de acceso al derecho prestacional es 53 años, dado que cotizó más de 1.100 semanas; presentó solicitud de reconocimiento pensional a Colpensiones el 3 de julio de 2013, la cual fue resuelta en forma negativa, por lo que presentó los recursos correspondientes; para la fecha de la demanda tenía 63 años de edad y presenta quebrantos de salud, sin contar con recursos para cubrir sus necesidades básicas (f.° 4-6).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda, se admitió el 26 de julio de 2018, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (f.° 60), y el 14 de septiembre de 2018, se dispuso la vinculación de la empresa Uniminas LTDA. a

quien también se ordenó enterar de la demanda y correr traslado (f.° 80).

COLPENSIONES, contestó con oposición con el argumento de que el demandante no es beneficiario del régimen de transición contenido en el Decreto 2090 de 2003, por no acreditar las 500 semanas cotizadas con los puntos adicionales por ejercer labores de alto riesgo, y propuso como excepciones de mérito las de prescripción, inexistencia del derecho reclamado por falta de los requisitos legales, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido y buena fe (f.° 66, 67).

UNIMINAS S.A.S., manifestó, que no se opone ni se allana por cuanto la demanda no contiene pretensiones dirigidas a ella, y formuló como excepciones las de falta de legitimación en la causa por pasiva, cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones reclamadas y buena fe (f.° 100, 101).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 10 de agosto de 2020, condenó a Colpensiones a reconocer y pagar al demandante la pensión especial por actividad de alto riesgo a partir del 25 de julio del año 2015, por efecto de la prescripción tomándose como valor de la mesada pensional para el año 2015 la suma de $742.726; para un retroactivo de $56.351.416 liquidado hasta el 31 de agosto de 2020, el cual deberá ser pagado en forma indexada; condenó a UNIMINAS S.A.S. a reconocer y pagar las cotizaciones especiales por actividad de alto riesgo no pagadas, durante los periodos comprendidos entre el 1.° de junio del año 1998 y el 31 de mayo del año 2003, y desde el 1.° de septiembre de 2003 al 1.° de julio del año 2013, y condenó en costas a las demandadas.

Estimó, que dada la edad del demandante para el momento de entrada en vigencia del Decreto 1281 de 1994, el régimen aplicable era el contenido en el Acuerdo 049 de 1990, por lo que tuvo como probados los tiempos laborados en actividad de alto riesgo con PRODECO S.A., desde el 12 de diciembre de 1994 al 31 de julio de 1997 (148 semanas); dos períodos con UNIMINAS S.A.S.: del 1.° de julio de 1998 al 31 de mayo del año 2003 (257 semanas), y del 1.° de septiembre del año 2003 al 1.° de julio del año 2013 (505 semanas); y con Helio Hurtado, del 1.° de febrero de 1998 al 30 abril de 1998 (12 semanas); así como 86 semanas que laboró en actividades de alto riesgo anteriores a la entrada en vigencia del Decreto 1281 de 1994, para un total de 940 semanas en cotización especial de alto riesgo, de las 1132 semanas que completó en toda su vida laboral.

Respecto de UNIMINAS S.A.S., sostuvo que la documental da cuenta de que la empresa lo afilió a seguridad social el 1.° de junio de 1998, por lo que es desde esa fecha que existió un vínculo laboral y no a partir del año 2003, y que de lo confesado en el interrogatorio de parte, respecto a que únicamente los últimos tres meses no estuvo trabajando bajo tierra, así como de lo indicado por el testigo Emilio Caicedo, y de las cotizaciones efectuadas a pensiones por parte de la mencionada empresa a su nombre, se obtiene la claridad de que todo el tiempo que el demandante laboró al servicio de dicha empresa, lo hizo trabajando bajo tierra como minero hasta el 1.° de julio de 2013, excepto en el interregno comprendido entre el 1.° de junio y el 30 de agosto de 2003, del cual no hay prueba de la prestación del servicio en favor de la citada empresa.

Señaló, que como se acreditó haber conservado el régimen de transición por haber completado 771 semanas a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, disminuyó 2 años de edad a los 60 exigidos por el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, de modo

que el demandante tendría derecho al reconocimiento de la pensión a partir del 1.° de julio de 2012, cuando tenía 58 años de edad; sin embargo, como reclamó por primera vez el 3 de julio de 2013, el reconocimiento de su pensión ante la demandada, y esta resolvió tanto la petición como el recurso de apelación hasta el 12 de febrero de 2015, debió impetrar la demanda antes del 12 de febrero de 2018, lo que no ocurrió pues la interpuso el 25 de julio de 2018, de ahí que las mesadas con anterioridad a ese mismo día y mes pero del año 2015, se encuentran afectadas del fenómeno extintivo de la prescripción.

Para liquidar la prestación, tuvo en cuenta lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, y aplicó sobre el IBL una tasa de reemplazo del 81%, para fijar como primera mesada para el año 2012, la suma de $686.125, que incrementada al 2015, resulta igual a $742.726, que ordenó pagar a razón de 13 mesadas anuales

En cuanto al proceso de restructuración, señaló que frente a las obligaciones del sistema de seguridad social integral, es claro que el empleador tiene la obligación de realizar el pago de aportes al sistema de seguridad social integral en su totalidad y como la obligación es tripartita, Colpensiones tiene la obligación de cobrar el aporte en su totalidad, por lo que al verificar que hay períodos con cotizaciones de alto riesgo y hay periodos con cotizaciones que no eran de alto riesgo debió investigar las razones o motivos por los cuales la empresa no cumplió a cabalidad con su obligación. Así que, se ordenó el pago de las cotizaciones adicionales respectivas a cargo de UNIMINAS S.A.S., descontando los períodos en que efectivamente canceló la cotización especial por actividad de alto riesgo.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

COLPENSIONES, argumentó que el demandante no tiene el número de semanas requerido para ser beneficiario de la pensión especial de vejez aunado a que, de la historia laboral, el interrogatorio y demás prueba documental se acredita que el señor Espinel Poveda, no estuvo laborando siempre en actividades de alto riesgo.

UNIMINAS S.A.S., sostuvo que la *a quo* dio una interpretación errada al interrogatorio de parte y que los testimonios no fueron uniformes ni contundentes en la afirmación de que el demandante trabajó todo el tiempo que estuvo vinculado a esa empresa, en una mina o socavón. Argumentó, que no se tuvieron en cuenta los desprendibles que evidencian el pago de los puntos adicionales a pensión por los meses en los que laboró en actividades de alto riesgo. En ese sentido, no se logró demostrar que durante toda la relación laboral, el demandante hubiera estado laborando en socavón.

Finalmente, pidió tener en cuenta el acuerdo al que llegó la empresa con el Instituto de Seguros Sociales, en su proceso de restructuración empresarial, en el cual se le declaró a paz y salvo con dicha entidad por todos los conceptos, incluyendo las cotizaciones de alto riesgo que se causaron hasta esa data, por lo que se acreditó que cumplió a cabalidad con sus obligaciones en relación con el pago de los puntos adicionales por actividades especiales.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, establecer si el actor tiene derecho al reconocimiento de la pensión especial de vejez por actividades de alto

riesgo conforme las disposiciones del Acuerdo 049 de 1990, determinar qué tipo de actividades desarrolló en UNIMINAS S.A.S. y si esta empresa realizó los pagos adicionales por actividades de alto tiempo.

En el presente asunto, se encuentra acreditado que el demandante nació el 12 de febrero de 1954 (f.° 14, CD f.° 73), se afilió al extinto I.S.S. desde el 8 de marzo de 1958, por lo que para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, era afiliado activo del régimen de prima media con prestación definida (f.° 15-19), y que solicitó el reconocimiento de la pensión especial de vejez por alto riesgo el 3 de julio de 2013, la cual fue contestada de manera negativa mediante Resoluciones n.° GNR178854 del 10 de julio de 2013, GNR54760 del 24 de febrero de 2014, y VPB11583 del 12 de febrero de 2015 (f.° 20-33).

El régimen de pensión especial de vejez por alto riesgo se encuentra contenido en el Decreto 2090 de 2003, en cuyo artículo 6.°, está contenido un régimen de transición que cobija a quienes al 28 de julio de 2003, hubieren cotizado cuando menos 500 semanas de cotización especial, quienes tendrán derecho a que, una vez cumplido el número mínimo de semanas exigido por la Ley 797 de 2003, para acceder a la pensión, esta les sea reconocida en las mismas condiciones establecidas en el Decreto 1281 de 1994.

A su vez, el mentado Decreto 1281 de 1994, contemplaba en su artículo 8.°, un régimen de transición consistente en que la edad para acceder a la pensión especial de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de esta pensión especial, de los hombres que al momento de entrar en vigencia este decreto tuvieran 40, o 15 o más años de servicios cotizados, serán los establecidos en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados, y

que el ingreso base para liquidar a quienes les faltase menos de 10 años para adquirir el derecho, sería el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida al DANE.

Pues bien, para el 23 de junio de 1994, fecha de entrada en vigencia del Decreto 1281 de 1994, el accionante contaba con 40 años cumplidos, toda vez que, como se dijo, nació el 12 de febrero de 1954, por lo que en principio le sería aplicable lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, que en artículo 12 establece que la pensión de vejez se adquiría para los hombres a los 60 años y el artículo 15 dispone que para los trabajadores mineros que presten labores en socavones o su labor sea subterránea, entre otros, la edad para adquirir dicha prestación se disminuirá en un año por cada 50 semanas de cotización acreditadas a las primeras 750 acreditadas en la misma actividad en forma continua o discontinua.

De conformidad con las Resoluciones n.° GNR178854 de 2013 y Resolución VPB11583 de 2015, COLPENSIONES registró que únicamente existen aportes por alto riesgo a cargo de UNIMINAS LTDA., del 1.° de junio al 31 de agosto de 1998, y desde el 1.° de agosto de 2011 hasta el 31 de mayo de 2003, -en el primer acto administrativo-, mientras que en el segundo, señaló el período comprendido entre noviembre de 2008 y julio de 2013 (f.° 20-33); sin embargo, de las pruebas que reposan en el plenario se puede evidenciar que no fue este el único periodo cotizado a favor del demandante con los puntos adicionales por alto riesgo, veamos:

En primer lugar, es necesario advertir que la jurisprudencia ordinaria laboral ha establecido que la afiliación a seguridad social o

el pago de los aportes al sistema, no conlleva, en principio, la existencia de una relación laboral (CSJ SL16528-2016), y que la misma, es un elemento indiciario para acreditar los extremos temporales de una relación laboral, pero no es plena prueba de la misma (CSJ SL, 15 mar. 2011 rad. 37067).

Al efecto, se aportó carné n.° 296 de la Cooperativa de Trabajadores Mineros de Guachetá Ltda, que acredita al demandante como empleado de la misma, con fecha de ingreso 4 de junio de 1985 (CD f.° 58); sin embargo, las cotizaciones que registró dicha Cooperativa a su nombre solo fueron para el período comprendido entre el 8 de marzo de 1988 y el 30 de octubre de 1989, para un total de 86 semanas de actividad de minero (f.° 15-19, CD f.°73).

El testigo Luis Alfredo Carreón, informó que conoció al demandante en el año 1985, cuando trabajó con él hasta 1998 en la mina de la empresa PRODECO S.A. en el municipio de Guachetá, en donde el señor Espinel se dedicó a la labor de picador para la explotación de carbón y sacarlo del socavón, y que también tuvo oficios varios como maderero, arregla línea y escoger peña dentro de la mina.

De los reportes de semanas cotizadas expedidos en febrero y noviembre de 2017 y agosto de 2018, visible de f.° 15 a 18, y en el expediente administrativo aportado en medio óptico (f.° 73), se tendría un indicio de que el actor trabajó para PRODECO S.A. desde el 12 de diciembre de 1994 hasta el 31 de julio de 1997, dado que se registraron cotizaciones en su favor por parte de dicha empresa, con porcentajes de cotización superiores a los exigidos para la época por el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, pues de acuerdo con la cotización pagada se observa que se incluyeron los puntos adicionales que para el momento exigió el Decreto 1281 de 1994, por lo que se tiene que

para por parte de dicha empresa se cotizaron 133.55 semanas por actividades especiales.

Así mismo, se evidencia que, bajo la razón social de Helio Hurtado Hurtado, en los períodos comprendidos entre febrero y abril de 1998, se realizaron los pagos de los 6 puntos adicionales, exigidos por el artículo 6.° del mencionado Decreto 1281, pues la cotización se hizo sobre el 19.5% del IBC reportado para la época al extinto I.S.S., y así se podría concluir que las 11.71 semanas cotizadas con dicho nombre, fueron por actividades de alto riesgo. Todo ello, suma hasta aquí un total de 231,26 semanas.

Ahora, en relación con UNIMINAS S.A.S., se aportó copia de las planillas de liquidación del sistema de seguridad social, en las que se evidencian pagos de cotizaciones en pensión a favor del señor Víctor Manuel Espinel Poveda, con el porcentaje básico exigido por el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, por el período comprendido entre los meses de enero a noviembre de los años 2001 y 2002, enero a julio de 2003, septiembre de 2003 a marzo de 2004, mayo a noviembre de 2004, enero a abril, julio a octubre de 2005; y con el porcentaje aumentado por razón de la actividad especial a que hace referencia los Decretos 1281 de 1994 y 2090 de 2003, para noviembre de 2005, marzo, junio, agosto, septiembre de 2006, enero a mayo de 2006, junio de 2006 a julio de 2013 (f.° 105-235).

Además, con dicha documental se evidencia que por lo menos desde noviembre de 2004, la empresa que se constituyó legalmente desde el 11 de marzo de 1998 (f.° 237-239), estaba clasificada en el riesgo V (máximo) por la ARL, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 26 y 27 del Decreto 1295 de 1994, último reglamentado por el artículo 13 del Decreto 1772 de 1994, y compilado a su vez en el

artículo 2.2.4.3.5 del Decreto Único Reglamentario 1072 de 2015 (f.° 147-235).

Ahora, como bien lo anotó la *a quo*, a pesar de la afirmación realizada en el interrogatorio de parte del demandante de haber trabajado con UNIMINAS S.A.S. desde 2003, lo cierto es, que en los reportes de semanas cotizadas en pensión se evidencia que UNIMINAS Ltda., realizó aportes en favor del actor desde junio a agosto de 1998, desde enero de 2001 a mayo de 2003, septiembre de 2003 a julio de 2004, septiembre de 2004 a julio de 2013; y, de conformidad con el certificado de Cámara de Comercio (f.° 237-239), los dos nombres corresponden a la misma persona jurídica, solo que se cambió el tipo de sociedad.

Los contratos de f.° 103 y 104, suscritos entre las partes el 18 de febrero de 2002 y 24 de junio de 2003, indican que UNIMINAS Ltda., contrató al señor Victor Manuel Espinel Poveda por los periodos de 4 y 6 meses, respectivamente, para ejercer la labor de minero; y la certificación emitida por esa empresa, visible en el CD del expediente administrativo (f.° 73), de fecha 8 de noviembre de 2012, da cuenta de que para esa fecha el actor prestaba sus servicios para UNIMINAS S.A. desde el 23 de junio de 2003, con un contrato a término indefinido, desempeñándose en el cargo de "*MINERO OFICIOS VARIOS desarrollando su labor en MINAS BAJO TIERRA, cotizando en alto riesgo en minería sobre su salario devengado*".

Aunado a lo anterior, el testigo Emilio Caicedo, adujo en su declaración conocer al actor desde el 2003, cuando trabajó en UNIMINAS, haber trabajado junto a él la mayor parte del tiempo hasta el 2012, en Minas La Mejía en Santuario, Guachetá, y constarle que la labor que desempeñaba era la de frentero, trabajando bajo tierra para producir carbón, dentro de un cerro inclinado, avanzando una guía en roca 300 mts hacia adentro.

Todo lo anterior, da cuenta de que aún cuando dentro del presente proceso, no se solicitó en estricto sentido en el libelo introductor, declarar la existencia de una relación laboral entre el demandante y UNIMINAS Ltda., sí se puede colegir que por lo menos en los ciclos comprendidos desde junio hasta agosto de 1998, entre enero de 2001 y julio de 2003, y de septiembre de 2003 a julio de 2004, septiembre de 2004 a julio de 2013, los ató un vínculo similar y que en dichos tiempos el actor siempre desarrolló en favor de dicha empresa labores de alto riesgo en calidad de minero; y si bien en el interrogatorio de parte, el demandante admitió que durante un corto periodo de tiempo fue trasladado a la superficie, también dijo que ello ocurrió 2 ó 3 meses al final del contrato de trabajo, y en razón a que por su estado de salud, ya no le era posible trabajar al interior de la mina.

De ahí que, la *a quo* hubiera incurrido en yerro al ordenar pagos de ciclos ininterrumpidos comprendidos entre el 1.° de junio de 1998 y el 31 de julio de 2003, pues en algunos apartes de dicho interregno no se acreditó por parte del demandante la prestación de sus servicios en favor de UNIMINAS S.A.S., teniendo la carga probatoria de hacerlo al tenor de lo dispuesto en los artículos 164 y 167 del Código General del Proceso.

Así las cosas, a las 231.26 semanas cotizadas con actividades de alto riesgo por parte de la Cooperativa de Trabajadores Mineros de Guachetá Ltda, PRODECO S.A. y Helio Hurtado Hurtado, debemos sumar las 651.42 semanas especiales del vínculo laboral con UNIMINAS S.A.S., lo cual arroja un total de 856.43 semanas de esta clase, calculadas dentro de las 1132.29 reportadas en toda la vida laboral del demandante.

No obstante, de esas 856.43 semanas cotizadas por el demandante en actividades de alto riesgo, solo completó 356.63 semanas al 28 de julio de 2003, data en que entró en vigencia el Decreto 2090 de 2003, insuficientes para reunir el mínimo de 500 semanas exigidas para ser beneficiario del régimen de transición contemplado en el artículo 6.° de dicha normativa y así poder acudir al Decreto 1281 de 1994 y al Acuerdo 049 de 1990, a los que se hizo alusión al inicio de las consideraciones; con la advertencia de que tampoco completó las 750 semanas exigidas por el Acto Legislativo 01 de 2005, para conservar la prerrogativa establecida en el artículo 36 de la Ley 100 de 1994, de la cual inicialmente fue beneficiario, pues solo alcanzó en total un poco más de 720 semanas de cotización especiales y básicas con todos sus empleadores entre el 8 de marzo de 1958 y el 29 de julio de 2005, fecha de entrada en vigor de la última normativa en reseña.

Lo anterior, por cuanto dentro del expediente no obra prueba alguna de la cual se pueda extraer algún indicio que conlleve a concluir que en el tiempo cotizado con PROMEXCO S.A., entre el 1.° de noviembre de 1989 y el 11 de diciembre de 1994 (266.71 semanas), y con Luis Henry Suárez Alfonso, de junio a agosto de 2003 (9.15 semanas), el demandante ejecutó actividades consideradas como de alto riesgo, en tanto que por una parte, de los reportes de semanas aportados al plenario, no es posible establecer cuál fue el monto de la cotización que pagó dicha empresa (PROMEXCO S.A.) en su nombre; y por otra parte, efectuadas las operaciones aritméticas del caso, se verifica que Suárez Alfonso, pagó en favor del demandante solo el porcentaje básico de cotización establecido por el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 para el año 2003 (13.5%) sobre el IBC reportado.

Por lo que la aplicación que efectuó la *a quo* del Decreto 1281 de 1994 y del Acuerdo 049 de 1990, hubiera sido infortunada.

Así las cosas, se debió dar aplicación a lo dispuesto en los artículos 3.° y 4.° del Decreto 2090 de 2003, que exige como requisitos para tener derecho a la pensión especial de vejez, 700 semanas continuas o discontinuas en una o varias actividades de alto riesgo para la salud del trabajador de las contempladas artículo 2.° *idem*, haber cumplido 55 años de edad y cotizado el número mínimo de semanas establecido para el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, al que se refiere el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9.° de la Ley 797 de 2003. Dicho régimen de pensiones especiales contempla su ampliación hasta el 31 de diciembre de 2014, de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto 2655 de dicha época.

Como se vio, el demandante completó en toda su vida laboral 856.43 semanas de cotización en desarrollo discontinuo de trabajos en minería que impliquen prestar el servicio en socavones o en subterráneos entre el 8 de marzo de 1988 y el 31 de julio de 2013.

Y si bien cumplió 55 años de edad el 12 de febrero de 2009, para dicha época, se exigían 1150 semanas de cotización, que no reunió el demandante, porque hasta ese momento tenía 907.82 semanas cotizadas con todos sus empleadores, y si bien en toda su vida laboral completó 1132.29 a 31 de julio de 2013, data en la que aún estaba vigente el régimen especial del Decreto 2090 de 2003, en esa época eran necesarias 1250 semanas en el subsistema general de pensiones; de modo que, no se acreditaron las exigencias para ser beneficiario de este tipo de prestación.

Lo anterior conlleva a **revocar** en su integralidad la sentencia apelada y consultada; sin que sea necesario entrar al estudio de la apelación interpuesta por UNIMINAS S.A.S., por sustracción de materia.

Sin costas en la instancia ante su no causación, las de primera serán a cargo del demandante en la cuantía señalada por la *aquo* en la parte atinente a favor de Colpensiones; y sin costas en favor de UNIMINAS S.A.S.

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

RESUELVE:

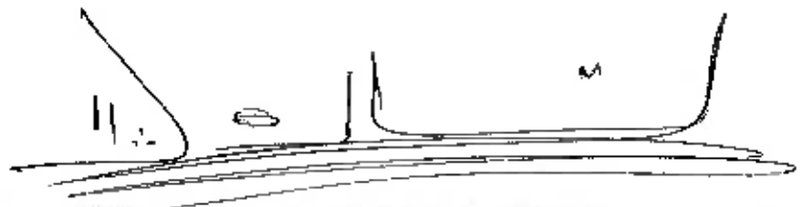
PRIMERO: REVOCAR en su integralidad la sentencia apelada y consultada, proferida el 10 de agosto de 2020, por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva., para en su lugar, **ABSOLVER** tanto a **UNIMINAS S.A.S.** como a **COLPENSIONES,** de la totalidad de las pretensiones incoadas en su contra por **VÍCTOR MANUEL ESPINEL POVEDA,** de acuerdo con lo considerado.

SEGUNDO: Sin costas en la instancia ante su no causación, las de primera serán a cargo del demandante en la cuantía señalada por la *aquo*, en la parte atinente a favor de Colpensiones; y sin costas en favor de UNIMINAS S.A.S.

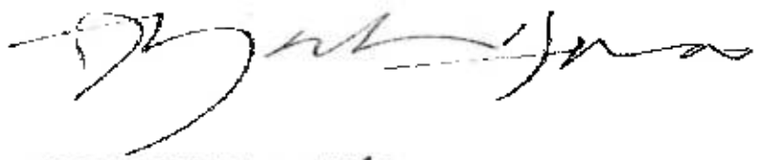
TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO,** atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:
https://erbsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/dea13altabca_cendoj_ramajudicial_gov_co/EoKQIPW1xb_IPmFZJRUtpp0EBVeRGPodPnGp-kQoAjcrsFA?e=s96gXd

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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **ÓSCAR DE JESÚS RAMÍREZ URÁN** contra **EL FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA.**

EXP. 11001 31 05 **036 2019 00352 01**

Bogotá DC, treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte demandante, respecto de la sentencia absolutoria proferida el 25 de junio de 2020, por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

DM

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante que se declare que el fondo demandado es la entidad obligada al pago de la pensión causada a su favor, y por tanto sea condenada a reliquidar su primera mesada pensional de la pensión restringida de jubilación que le fue otorgada, sobre el promedio mensual de $310.158,87, correspondiente a lo devengado en el último año de servicios (30 de diciembre de 1990 al 29 de diciembre de 1991), con las consecuente diferencias pensionales ordinarias y de junio y diciembre de cada año, desde la fecha de causación de la pensión de jubilación, esto es, 8 de abril de 2017, hasta la fecha en que el nuevo valor se incluya en la nómina de pensionados de la entidad demandada.

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que laboró en virtud de un contrato laboral individual del trabajo, como trabajador oficial al servicio de la extinta Ferrocarriles Nacionales de Colombia, entre el 6 de octubre de 1980 y el 29 de diciembre de 1991, para un total de 4.229 días, relación que se terminó por parte del empleador de forma unilateral e injustificada, mientras desempeñaba el cargo de Jefe de Sección Tracción Diesel del Departamento de Talleres de la División de Antioquia.

Agregó, que es beneficiario de las normas pensionales, y las internas de la extinta empresa, así como de los beneficios derivados de su contrato de trabajo; dicha sociedad liquidaba y pagaba las cesantías parciales o definitivas sobre lo devengado en el último año de servicios con el fin de obtener el promedio mensual de liquidación; así que inicialmente liquidó y pagó sus cesantías definitivas teniendo en cuenta como salario promedio mensual de liquidación la suma de $290.416,71; pero, posteriormente, solicitó reliquidación de sus

vacaciones, prima de servicios, cesantías definitivas e indemnización, como factores de liquidación de lo devengado en el último año de servicios, lo cual fue reconocido mediante las Resoluciones n.° 5655/56/57/58/38 del 9 de noviembre de 1994, en donde se registró como nuevo salario promedio mensual de liquidación de lo devengado en el último año, $310.158,87.

Afirmó, que por haber sido trabajador ferroviario es beneficiario del régimen pensional propio del reglamento interno de trabajo y de las convenciones colectiva, por lo que al cumplir 20 años de servicio tenía derecho a un monto del 80% sobre su último salario promedio mensual con todos los factores salariales devengados en ese período, correspondiente para su caso al 46.99% del ingreso base de liquidación; el Fondo Pasivo de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, a través de la Resolución n.° 1168 del 5 de julio de 2018, le reconoció y pagó una pensión proporcional de jubilación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 8.° de la Ley 171 de 1961, con efectividad a partir del 8 de abril de 2017, por la suma de $1.680.058.16., liquidada sobre un promedio mensual de $293.782.00 y un porcentaje del 46.99%, correspondiente a los últimos 12 meses al servicio de la empresa demandada.

De manera que, considera que la primera mesada pensional que debió otorgársele es de $1.773.755.53 y que corresponde al 46.99% del I.B.L. actualizado, por lo que la reconocida por el demandado a su favor es muy inferior a la que realmente corresponde, por ende, elevó la respectiva reclamación administrativa (archivo n.° 2 pág. 2-5).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda fue admitida el 4 de julio del 2019 ordenándose su notificación y traslado a la demandada (archivo n.° 2 pág. 48).

EL FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, bajo el argumento de que la entidad ha cumplido a cabalidad con la normatividad establecida para el caso de la pensión plena de jubilación del demandante, con los respectivos reajustes legales y convencionales así como con los factores salariales correspondientes, aunado a que teniendo en cuenta las fechas de reconocimiento de las prestaciones a favor del accionante, no transcurrió un tiempo significativo que dé lugar a la pérdida del poder adquisitivo. Propuso como excepciones las denominadas, prescripción, buena fe y falta de titulo o causa para demandar (pág. 53-59 archivo *ídem*).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (pág. 51, 52 archivo *ídem).*

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 25 de junio de 2020, absolvió al Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra e impuso costas a la parte demandante, tras considerar que las primas de servicio y vacaciones no pueden ser tenidas en cuenta como factores salariales para el reconocimiento de prestaciones de jubilación de los trabajadores del sector oficial y si bien el artículo 8.° de la Ley 171 de 1961, remite para la liquidación de la pensión otorgada al actor, al artículo 206 del

Código Sustantivo del Trabajo, esta última no es una norma aplicable a ese tipo de servidores públicos, sino la Ley 33 de 1985, y con base en ello, encontró incluso que el verdadero salario promedio con el cual se debió liquidar la prestación, fue inferior al que le tuvo en cuenta el fondo demandado para otorgar la pensión.

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala verificará como problema jurídico, si hay lugar o no, a reliquidar la primera mesada pensional de la pensión restringida de jubilación, en los términos solicitados por el demandante.

En el presente caso, no se encuentra en discusión que en cumplimiento de lo dispuesto en la sentencias del 14 de marzo y 26 de abril de 1994, y 3 de febrero de 1995, proferidas por el Juzgado Laboral del Circuito de Bello, Antioquia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, y la Corte Suprema de Justicia, el fondo demandado le reconoció al demandante una pensión proporcional de jubilación al tenor de lo dispuesto en el artículo 8.° de la Ley 171 de 1961, por haber prestado servicios a la extinta Ferrocarriles Nacionales de Colombia, entre el 18 de febrero de 1980 y el 29 de diciembre de 1991, y haber sido suprimido su cargo de Jefe; dicha prestación se otorgó en cuantía de $1.680.059,16 a partir del 8 de abril de 2017, con base en un promedio mensual actualizado con todos los factores salariales percibidos en el último año de servicios de $293.782 y una tasa de reemplazo del 46.99%. Así dan cuenta las mencionadas decisiones judiciales, la Resolución n.° 1168 del 5 de julio de 2018, expedida por la demandada y la reliquidación de cesantía definitiva de trabajador oficial obrantes en las páginas 28, 33 a 40 del archivo n.° 2 del expediente digital, así como los boletines

de personal n.° 0345 y 1551 obrantes en el expediente administrativo visible en el archivo n.° 3 *ídem.*

En lo que atañe al monto de la pensión restringida de jubilación, es necesario tener en cuenta exclusivamente lo dispuesto en el artículo 1.° de la Ley 62 de 1985, porque esta prestación se calcula en relación con lo que le hubiera correspondido al demandante en el evento de reunir los requisitos exigidos para gozar de la pensión plena de jubilación, que para ese momento era la consagrada en la Ley 33 de 1985, por remisión del numeral 4.° del artículo 74 del Decreto 1848 de 1969 (CSJ SL17066-2014, SL13192 y SL17479 de 2015, SL2427 de 27 ene., y 17 de feb. 2016 rad. 61023 y 52399, SL9571-2016, SL5199-2019); norma que dispone en su artículo 1.°, que para hallar su monto, se calculará con el promedio de lo que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, conformado por los factores salariales contemplados en el artículo 3.° *ibídem,* reformado por el artículo 1.° de la Ley 62 de 1985, a saber:

> *"asignación básica, gastos de representación, primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación, dominicales y feriados, horas extras, bonificación por servicios prestados y trabajo suplementario o realizada en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio"*

Por tal manera, si bien en las Resoluciones n.° 5655, 5656, 5657 y 5658 del 9 de noviembre de 1994, se reliquidaron unas acreencias laborales del demandante (pág. 19-32 archivo n.° 2, pág. 14-34 archivo n.° 3), ese reajuste no afecta en modo alguno, la pensión otorgada por el fondo demandado, en la medida en que en dichas operaciones para llegar a un salario base de liquidación de $310.158,87 -que es el pretendido por el demandante- se tuvieron en cuenta rubros tales como vacaciones, bonificación por vacaciones, comisión del 50% de los viáticos, retro eventualidades, accidente,

primas de servicio de diciembre y junio, y la indemnización por supresión de cargo, como se observa en la reliquidación de cesantía definitiva de trabajador oficial, los cuales se itera, no son permitidos para efectos de encontrar el IBL pensional.

En consecuencia, la *a quo* no se equivocó en advertir que no era viable tener la suma de $310.158.87 como monto para liquidar la pensión restringida de jubilación que actualmente goza el demandante, lo que conlleva a **confirmar** la sentencia consultada.

Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión 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 consultada, proferida el 25 de junio de 2020, por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo considerado.

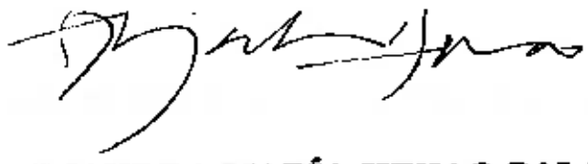
SEGUNDO: Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,

DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:
https://etbcaj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15altabta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EtNp8O-ABxNNiRfSQVTsanMBGEl7s2fNERKviam91fg7Gw?e=vpYW6N

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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **MARÍA MERCEDES FAJARDO GUTIÉRREZ** contra **LA JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ**, **A.R.L. SURA**, **PIDAMOS MARKETING TOTAL S.A.S.**, y **OLD MUTUAL S.A.**

EXP. 11001 31 05 **038 2016 00515** 01

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.° 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandante, contra la sentencia proferida el 10 de agosto de 2020, por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declarara que el accidente sufrido por Lina Marcela Medina Gutiérrez (q.e.p.d.) en la ciudad de Quito Ecuador, fue un accidente de trabajo, y que tiene derecho al pago de la pensión de sobrevivientes en su condición de progenitora de la causante.

Consecuencialmente, que se revocara el dictamen de pérdida de capacidad laboral realizado por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, mediante el cual se determinó que el accidente sufrido por Lina Marcela Medina Gutiérrez, fue un accidente de origen común; que se dejara en firme el dictamen proferido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez; que las demandadas, de forma solidaria, le reconocieran la pensión de sobrevivientes, a partir del 12 de mayo de 2013, junto con los reajustes, mesadas adicionales, retroactivo pensional, e intereses moratorios, y que fueran condenadas a lo que resultare probado ultra y extra petita, así como a las costas del proceso.

Subsidiariamente, solicitó que se condenara a las demandadas A.R.L. SURA y PIDAMOS MARKETING TOTAL S.A.S., al reconocimiento y pago de la indexación.

Para el efecto, manifestó que la señora Lina Marcela Medina Gutiérrez (q.e.p.d.), quien es su hija, nació el 16 de agosto de 1981; que estuvo vinculada a la empresa Pidamos Marketing Total S.A.S., mediante un contrato de trabajo a término indefinido, desde el 1.° de julio de 2006 hasta el 15 de mayo de 2013; que se desempeñó en el cargo de ejecutiva de cuenta; que devengaba un salario de $3.190.000; que el día sábado 11 de mayo de 2013, viajó a la ciudad

de Quito, Ecuador a cubrir un evento que se iba a realizar para uno de los clientes de la empresa, el día 13 de mayo de 2013; que se hospedó en un apartamento junto con su compañero de trabajo, José Armando Manrique Olano, quien se encontraba con su pareja Emil Pacini, y que el día 12 de mayo de 2013, Lina Marcela Medina Gutiérrez falleció en dicho inmueble.

Señaló, que la empresa Pidamos Marketing Total S.A.S., reportó a A.R.L. Sura el accidente sufrido por su hija, como un accidente de trabajo; que el día 8 de agosto de 2013, A.R.L Sura, le indicó a la empresa que el evento sufrido por Lina Marcela Medina Gutiérrez, no corresponde a la definición de un evento de trabajo; que el día 5 de noviembre de 2013, la A.R.L., le envio un comunicado informándole que el accidente sufrido por su hija, había sido de origen común; que el día 18 de noviembre de 2013, interpuso recurso de apelación y en subsidio de apelación contra la calificación efectuada por A.R.L. Sura, respecto del accidente sufrido por su hija; que el día 28 de enero de 2014, la A.R.L. Sura presentó ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez, solicitud de calificación del siniestro, y que la entidad determinó que el evento sufrido por su hija correspondía a un accidente de trabajo; que la A.R.L. Sura interpuso los respectivos recursos; que la Junta Regional de Calificación de Invalidez ratificó su decisión, y que la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, al resolver el recurso de apelación interpuesto por la A.R.L., calificó el siniestro como un accidente de origen común.

Finalmente, manifestó que dependía económicamente de su hija, Lina Marcela Medina Gutiérrez Fajardo (q.e.p.d.), y que no recibía renta de ninguna índole, ni pensión.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Previa subsanación, la demanda se admitió el 20 de septiembre de 2016, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (Expediente virtual, f.° 187). No obstante, mediante auto de 25 de octubre de 2018, se aclaró el auto admisorio de la demanda, en los términos del artículo 285 del Código General del Proceso, en el sentido de admitir la demanda contra Seguros Laborales Suramericana S.A. - A.R.L. SURA, y no contra su sucursal en Bogotá, por cuanto la primera era la llamada a responder en forma principal (Expediente virtual, cuaderno n.° 2, f.° 61 - 63).

SEGUROS DE RIESGOS LABORALES SURAMERICANA S.A., se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la actora. Adujo, que el accidente que sufrió Lina Marcela Medina Gutiérrez Fajardo fue de origen común, por cuanto no ocurrió como consecuencia directa o con ocasión del trabajo. Por este motivo, manifestó no estar obligada a asumir las prestaciones económicas que pudieran derivarse a favor de la demandante, pues se trataba de un asunto que no le correspondía asumir al Sistema de Riesgos Laborales.

Propuso las excepciones que denominó existencia de una decisión en firme de un especialista (Dictamen - Junta Nacional de Calificación de Invalidez); inexistencia de la obligación de asumir las prestaciones económicas pretendidas; falta de legitimidad por pasiva; improcedencia de prestaciones económicas - pensión de sobreviviente - a cargo de A.R.L. Sura, y ausencia de prueba de la legitimidad para reclamarlas; prescripción, y buena fe (Expediente virtual, f.° 215 - 234).

PIDAMOS MARKETING TOTAL S.A.S., también se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Manifestó que no tenía la obligación

de responder solidariamente por el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, y que le correspondía a la demandante probar la totalidad del cumplimiento de los requisitos para que le sea reconocida dicha prestación.

Alegó en su favor, las excepciones de falta de legitimidad por pasiva; inexistencia de la obligación de responder solidariamente por la pensión de sobrevivientes a favor de la actora; buena fe, y prescripción (Expediente virtual, f.° 393 - 403).

LA JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, no se opuso ni se allanó a las prensiones de la actora; no propuso excepciones, y solicitó al juez que de encontrarse alguna excepción que enervara las pretensiones de la demandante la declarara de oficio, conforme al artículo 262 del Código General del Proceso (Expediente virtual, cuaderno n.° 2 f.° 53 - 57)

OLD MUTUAL S.A., manifestó no oponerse ni aceptar las pretensiones de la demandante, como quiera que no participó en el trámite de calificación de origen del siniestro sufrido por Lina Marcela Medina Gutiérrez, e indicó que tampoco tenía competencia para hacerlo.

Invocó las excepciones de inexistencia de obligación por ausencia de causa de Old Mutual en el reconocimiento pensional, prescripción, y compensación (Expediente virtual, cuaderno n.° 2, f.° 242 - 256).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia de 10 de agosto de 2020, absolvió a la demandada Junta Nacional de

Calificación de Invalidez; a las sociedades Pidamos Marketing Total S.A.S, y Seguros de Vida Suramericana S.A., de todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda por la actora; se abstuvo de imponer carga alguna a Old Mutual Pensiones y Cesantías, y a la llamada en garantía Mapfre Seguros de Vida S.A, y condenó en costas a la parte demandante.

Consideró, que el problema jurídico a resolver consistía en determinar la naturaleza del accidente sufrido por la hija de la actora, Lina Marcela Medina Gutiérrez (q.e.p.d), que ocasionó su deceso mientras se encontraba en comisión por cuenta de su empleador fuera del país, en la Ciudad de Quito, Ecuador, y si procedía el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes, en favor de la demandante, a cargo de la A.R.L. a la que se encontraba afiliada su hija.

Esgrimió, que con el acervo probatorio allegado al proceso no era posible determinar que el fallecimiento de Lina Marcela Medina Gutiérrez (q.e.p.d), hubiese acontecido bajo la órbita de poder subordinante de su empleador, la empresa Pidamos Marketing Total S.A.S., o en una actividad ligada de manera siquiera indirecta con la comisión para la que fue enviada a la ciudad de Quito - Ecuador.

Afirmó, que no contaba con elementos de juicio idóneos para cuestionar la conclusión a la que arribó la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, al determinar que el accidente sufrido por Lina Marcela Medina Gutiérrez (q.e.p.d.) fue de origen común, por lo que no podía declararse la ineficacia del dictamen emitido por dicha entidad.

Finalmente, aseveró que no procedía el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes por parte de A.R.L. Sura, por no ser la

entidad llamada a responder por dicha prestación económica, y aclaró que como no se formuló pretensión relacionada por pensión de sobrevivientes derivada de riesgo común, no podía pronunciarse al respecto, incluso dentro del escenario ultra y extra petita, pues el cumplimiento de los requisitos para su reconocimiento no había sido debatido dentro del proceso.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

LA PARTE DEMANDANTE, interpuso recurso de apelación, para que fuera revocada la sentencia en su totalidad.

Arguyó, que contrario a lo que manifestó el *a quo*, el accidente de Lina Marcela Medina Gutiérrez (q.e.p.d.), si había sido de origen laboral, y que el formulario suscrito por la empresa Pidamos Marketing Total S.A.S, al momento de reportar el infortunio a la A.R.L. Sura, daba cuenta de ello, pero que el despacho simplemente había tenido en cuenta la prueba testimonial decretada en favor de la empresa.

Adujo, que la empresa había aceptado que Lina Marcela Medina Gutiérrez (q.e.p.d.), viajara el día 11 de mayo de 2013, esto es, con anticipación al día del evento que debía cubrir (13 de mayo de 2013), y que además había cubierto los gastos de transporte y alimentación para los días 11 y 12 de mayo de la misma anualidad.

Dijo, que la empresa tenía conocimiento de que la hija de la actora se hospedaría en el apartamento del señor Armando, quien también era funcionario de la empresa, y fue quien la recogió en el aeropuerto cuando llegó a la ciudad de Quito - Ecuador.

Manifestó, que el despacho no tuvo en cuenta la sentencia SL-2582 de 2019, en donde la H. Corte Suprema de Justicia aclaró que el riesgo que asume la A.R.L., sobre los eventos que ocurran en la esfera del empleador es objetivo, y que la causalidad puede ser directa, esto es, con causa del trabajo, o indirecta (con ocasión del trabajo), así como que la misma no se rompe por un hecho del trabajador, de un tercero, o por fuerza mayor o caso fortuito, para indicar que el accidente de la hija de actora, ocurrió bajo el control del empleador.

De otra parte, señaló, que, si se había logrado acreditar la dependencia económica de la demandante respecto de su hija fallecida, por cuanto así se evidenció con el testimonio de su yerno, y con el documento allegado por E.P.S. Sanitas.

Finalmente, indicó que la actora si cumplía con los requisitos para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes a la luz de los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993.

V. CONSIDERACIONES

Para decidir la apelación interpuesta por las partes, el tribunal tendrá en cuenta las previsiones del artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, según el cual, la sentencia de segunda instancia y la decisión sobre los autos apelados, deberán estar en consonancia con las materias objeto de la apelación, lo cual le impone un límite a la competencia del tribunal, ya que no puede ir más allá de las inconformidades expuestas por el recurrente. En este orden, la sala tendrá como problemas jurídicos ***i)*** determinar el origen del accidente sufrido por Lina Marcela Medina Gutiérrez (q.e.p.d.), ***ii)*** y si la actora tiene derecho al reconocimiento de una pensión de sobrevivientes por parte de la A.R.L., en caso de que llegue a

determinarse que el siniestro sufrido por su hija fue un accidente de trabajo.

Se encuentra acreditado dentro del plenario ***i)*** que Lina Marcela Medina Gutiérrez, laboró para la empresa Pidamos Eventos y Promociones S.A.S., hoy Pidamos Marketing S.A.S. desde el 1.° de julio de 2006 hasta el 15 de mayo de 2013, como consta en la certificación laboral obrante a f.° 56 del expediente virtual; ***ii)*** que el día 12 de mayo de 2013, falleció en la ciudad de Quito, Ecuador, según certificación expedida por el Cónsul General de Colombia, el día 14 de mayo de 2013 (Expediente virtual f.° 57), ***iii)*** Que mediante dictamen emitido el día 20 de febrero de 2014, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá - Cundinamarca, definió que el origen del accidente había sido laboral, ***iv)*** y que la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, en dictamen de 24 de junio de 2014, concluyó que el origen del accidente sufrido por la hija de la actora fue común (Expediente virtual, f.° 125 - 134).

DEL ACCIDENTE DE TRABAJO

Debe iniciarse por precisar, que conforme lo ha dicho nuestro órgano de cierre de forma reiterada, el precepto legal que debe emplearse para determinar la ocurrencia de un accidente de trabajo, es aquel vigente al momento del siniestro, que en este caso lo fue el día 12 de mayo de 2013, fecha para la cual el accidente de trabajo ya estaba definido en el artículo 3.° de la Ley 1562 de 2012, el cual consagra lo siguiente:

> *«Es accidente de trabajo todo suceso repentino que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo, y que produzca en el trabajador una lesión orgánica, una perturbación funcional o psiquiátrica, una invalidez o la muerte.*

Es también accidente de trabajo aquel que se produce durante la ejecución de órdenes del empleador, o contratante durante la ejecución de una labor bajo su autoridad, aún fuera del lugar y horas de trabajo.

Igualmente se considera accidente de trabajo el que se produzca durante el traslado de los trabajadores o contratistas desde su residencia a los lugares de trabajo o viceversa, cuando el transporte lo suministre el empleador.

También se considerará como accidente de trabajo el ocurrido durante el ejercicio de la función sindical aunque el trabajador se encuentre en permiso sindical siempre que el accidente se produzca en cumplimiento de dicha función.

De igual forma se considera accidente de trabajo el que se produzca por la ejecución de actividades recreativas, deportivas o culturales, cuando se actúe por cuenta o en representación del empleador o de la empresa usuaria cuando se trate de trabajadores de empresas de servicios temporales que se encuentren en misión».

Respecto de las expresiones *«por causa»* y *«con ocasión»* al trabajo, la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia clarificó que éstas, *«denotan que un accidente de orden laboral puede tener su causa directa o inmediatamente en el oficio desempeñado o en forma indirecta o mediata con el mismo»* (CSJ SL-21629 de 2003, y SL-417 de 2018).

Sumado a lo anterior, también ha indicado que la responsabilidad del empleador frente a los siniestros que ocurren en su esfera, o de la administradora de riesgos laborales que asume ese riesgo es objetiva, y que la causalidad entre el siniestro y la actividad laboral contratada *«no se rompe por un hecho del trabajador, de un tercero o por fuerza mayor o caso fortuito»*. (CSJ SL- SL-417 de 2018 y SL-2582 de 2019).

Asi, resulta necesario precisar que cuando se habla de que el suceso ocurrió *«a causa»* del trabajo, significa que se produjo en virtud de la realización de funciones que son inherentes al cargo que ostentaba el trabajador, mientras que cuando se determina que el hecho se dio *«con ocasión»* al trabajo, denota que, pese que al hecho no tuvo lugar a raíz del ejercicio de las obligaciones que hacen parte de la esencia del cargo, las mismas si guardaban al menos una relación estrecha o relacionada con el trabajo (CSJ SL, 16 marzo 2010, radicación 36922).

En este orden, para dilucidar el origen del accidente sufrido por Lina Marcela Medina Gutiérrez, le corresponde a esta sala evaluar las circunstancias que objetivamente lo causaron.

Es claro que Lina Marcela Medina Gutiérrez, debía cubrir un evento el día 13 de mayo de 2013, en la ciudad de Quito, Ecuador, para uno de los clientes de la empresa Pidamos Marketing S.A.S, especificamente Intel, aliado de Microsoft, por cuanto así fue admitido por dicha empresa en la contestación de la demanda, y referido por la testigo Ana Patricia Victoria Izquierdo; así como que el día 11 de mayo de 2013, la señora Medina Gutiérrez viajó hacía la ciudad de Quito, Ecuador.

Se tiene también, que el día 12 de mayo de 2013, mientras se encontraba en la ciudad de Quito, Ecuador, la señora Medina Gutiérrez falleció, como se desprende del registro civil de defunción n.° 6119582 (Expediente virtual, f.° 121), y que la causa de su muerte obedeció a un contenido de liquido en la tráquea como quedó consignado en el certificado de defunción suscrito por el Jefe de Registro de la provincia de Pichincha, cantón Quito, parroquia Iñaquito, el día 14 de mayo de 2013 (Expediente virtual, f.° 60, 62), y

en el certificado emitido por el Cónsul General de Colombia en Quito, Ecuador obrante a f.° 68 del Expediente Virtual.

Las circunstancias de tiempo, modo y lugar del fallecimiento de la señora Medina Gutiérrez, también fueron descritas por los testigos Daniel Rodríguez Rubiano y Ana Patricia Victoria Izquierdo, quienes coincidieron en afirmar que el fallecimiento de la hija de la demandante acaeció el día 12 de mayo de 2013, en la ciudad de Quito, Ecuador, mientras se encontraba en lugar donde se estaba hospedando. Valga aclarar, que ambos testigos viajaron junto con la señora María Mercedes Fajardo Gutiérrez a efectuar los trámites de repatriación del cuerpo de la señora Medina Gutiérrez, pues el señor Rubiano es el yerno de la demandante, ya que es el esposo de la hermana de Lina Marcela Medina Gutiérrez, y la señora Victoria Izquierdo, para la época de los hechos, se desempeñaba como la directora de Gestión Humana de la empresa Pidamos Marketing S.A.S.

La testigo Ana Patricia Victoria Izquierdo, indicó que la señora Medina Gutiérrez falleció el día 12 de mayo de 2013, en la ciudad de Quito, Ecuador, y que había viajado a dicha ciudad para coordinar un evento cuyo montaje se haría el día 13 de mayo de 2013, y se llevaría a cabo los días 14 y 15 de mayo de la misma anualidad.

Al indagársele sobre el cronograma del evento, la testigo declaró que la señora Medina Gutiérrez inicialmente viajaría el domingo 12 de mayo en la noche, o el día 13 de mayo en la mañana, junto con *"Fredy"*, y el señor Andrés Silva, quiera era el productor del evento, como quiera que la coordinación del mismo iniciaría ese día, pero que la trabajadora solicitó un cambio de itinerario para poder viajar desde el día 11 de mayo de 2013, y así aprovechar el fin de semana para realizar unas actividades de índole personal, lo cual fue autorizado

por la empresa, con la salvedad de que para los días 11 y 12 de mayo de 2013, no asumiría los viáticos.

Aunado a ello, aclaró que la trabajadora no tenía que hacer ninguna actividad de la empresa los días 11 y 12 de mayo de 2013, pues el montaje de este, se había fijado para el día 13 de mayo de 2013.

Respecto del hospedaje de la señora Medina Gutiérrez, indicó que, inicialmente ésta se quedaría en el apartamento que tiene asignado la empresa para los trabajadores que debían desplazarse a la ciudad de Quito, Ecuador, junto con otra compañera, quien no se encontraba en esa ciudad a la llegada de la hija de la demandante; motivo por el cual, esta le manifestó a la empresa que no quería quedarse sola en ese apartamento, y que prefería hospedarse en el apartamento de su amigo *"Armando"*, a lo que la sociedad demandada no le vio problema alguno.

Por su parte, el testigo Daniel Rodríguez Rubiano, manifestó que tenía conocimiento de que su cuñada, la señora Gutiérrez Medina, debía desplazarse a la ciudad de Quito, Ecuador, porque debía cubrir un evento de la empresa Pidamos Marketing S.A.S., cuyo montaje se realizaría el día 12 de mayo de 2013.

Al cuestionársele sobre el estado de salud de la hija de la demandante, al momento de su fallecimiento, manifestó que ésta se encontraba en perfectas condiciones, y que sabía que sufría de diabetes desde los 16 o 17 años, enfermedad que siempre le había sido controlada.

Ahora bien, al evaluar el acervo probatorio allegado al proceso, al que se hizo referencia con antelación, esta sala arribó a la misma

conclusión del *a quo*, de que el accidente sufrido por la hija de la demandante, Lina Marcela Gutiérrez Medina, no fue de origen laboral, como pretende hacerlo ver la recurrente, por las razones que se explicarán a continuación.

Es claro que, en principio, lo que motivó el viaje de la hija de la demandante a la ciudad de Quito, Ecuador, el día 11 de mayo de 2013, fue la labor encomendada por la empresa a ésta, de coordinar el evento que se iba a llevar a cabo en dicha ciudad para la empresa Intel.

No obstante, la referida labor iniciaba el día 13 de mayo de 2013, esto es con posterioridad al fallecimiento de la señora Medina Gutiérrez, pues en esa fecha se realizaría el montaje del evento, y los días 14 y 15, se efectuaría su activación, tal y como se desprende del testimonio de Ana Patricia Victoria Izquierdo, que a juicio de esta sala además de ser espontánco, fue coherente, objetivo y pertinente para determinar las circunstancias de tiempo, modo y lugar del siniestro sufrido por la hija de la demandante, por cuanto narró de forma precisa el cronograma del evento, así como que la señora Medina Gutiérrez viajó sola a la ciudad de Quito, Ecuador, el día 11 de mayo de 2013, cuando debía hacerlo el día 13 de mayo de la misma anualidad, en compañía de otros dos trabajadores de la empresa, que también estaban involucrados en la planeación del evento, y si viajaron el día 13 de mayo de 2013.

Lo anterior, desvirtúa lo dicho por el testigo Daniel Rodríguez Rubiano de que la señora Medina Gutiérrez había viajado el día 11 de mayo de 2013, debido a que el día 12 de mayo de la misma anualidad, debía dirigirse al lugar al que se realizaría el evento para realizar el montaje, pues de ser así, la demandante hubiese viajado en compañía de sus otros dos compañeros, y no sola como en efecto sucedió, pues

la señora Medina Gutiérrez, no era la encargada de realizar el montaje del evento, lo que le correspondía al productor, sino de coordinar que todo quedara acorde a como lo había solicitado el cliente, como lo afirmó la testigo Ana Patricia Victoria Izquierdo, que por su cargo de directora de Gestión Humana de la empresa Pidamos Marketing S.A.S., posee la claridad suficiente para indicar las funciones que desempeña cada uno de los trabajadores de esa empresa.

Así, considera esta sala que en el presente caso acaeció una circunstancia externa capaz de romper el nexo de casualidad entre el siniestro y las actividades de trabajo que debía realizar la señora Medina Gutiérrez en la ciudad de Quito, Ecuador, pues el hecho de que ella, por decisión propia hubiese decidido viajar con antelación a lo planeado, y sin sus otros dos compañeros, obedeció a su deseo de aprovechar el fin de semana en esa ciudad, para realizar actividades turísticas, compras personales, y pasar tiempo con su amigo Armando, factores éstos que desvirtúan el carácter laboral del infortunio que sufrió, pues ella no viajó con antelación para realizar el montaje del evento, ni llevar los implementos que eran necesarios para su realización, ya que dichas actividades habían sido fijadas para el día 13 de mayo de 2013, y no para el día 12 de mayo de 2013, fecha de su deceso.

Aunado a lo anterior, resulta necesario señalar que, en el acta de levantamiento de cadáver realizada por la Dirección Nacional de la Policía Nacional e Investigaciones de Ecuador, consta la entrevista rendida el día 12 de mayo de 2013, por el señor José Armando Manrique Olano, quien manifestó que en esa data había desayunado con la hija de la demandante a las 9:30 a.m.; que charlaron hasta las 10, y que después ella manifestó sentirse mareada, por lo que se recostó en la cama, y de ahí no se levantó más. (Expediente Virtual, f.° 66).

De dicha declaración, es claro que al momento en que ocurrió el siniestro, la hija de la demandante, no se encontraba realizando funciones inherentes a su cargo, como para determinar que el siniestro ocurrió a causa de su trabajo, ni de obligaciones que guardaran una relación con el evento que se iba a realizar.

Además de lo anterior, no puede desconocerse el hecho de que la hija de la demandante tenía una condición médica denominada Diabetes insulino dependiente, por lo que el hecho acaccido el día 12 de mayo de 2013, podía ocurrir en cualquier momento como lo indicó la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, mediante dictamen emitido el día 24 de junio de 2014. Por todo lo anterior, se concluye que el accidente sufrido por la señora Medina Gutiérrez fue de origen común. Así, sobre este punto se **confirmará** la sentencia apelada.

DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES

La sala no desconoce lo manifestado por la recurrente de que con el testimonio del yerno de la demandante se logró acreditar la dependencia económica de ésta respecto de su hija fallecida, pues ello también fue corroborado por el testigo Guillermo Fernando Londoño Portela, amigo de la señora Maria Mercedes Fajardo Gutiérrez.

No obstante, comparte esta sala lo concluido por el *a quo*, de que en el presente caso no es dable pronunciarse sobre el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes derivada de riesgo común, por cuanto dentro del presente proceso no se discutió el cumplimiento de requisitos para acceder a ella, como quiera que en la demanda únicamente se solicitó el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes derivada de un riesgo laboral. Por lo que sobre este punto también habrá de **confirmarse** la sentencia apelada.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión 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:

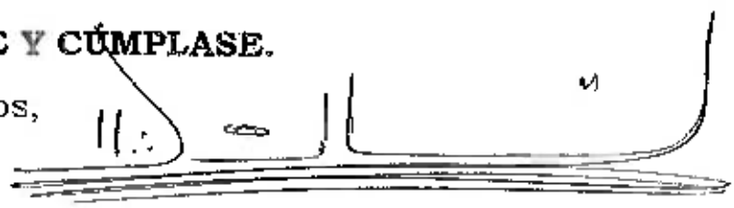
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 10 de agosto de 2020, por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo considerado en la parte motiva de esta providencia.

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

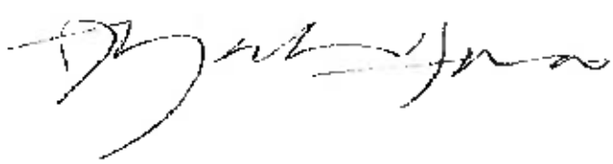
TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO,** atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **SANDRA JANETTE FONSECA RODRÍGUEZ** contra **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**

EXP. 11001 31 05 **001 2019 00436** 01.

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.° 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, respecto de la sentencia proferida el 8 de junio de 2021, por el Juzgado 1.° Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declarara la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por ella, el día 1.° de junio de 1997, del Régimen de Prima Media administrado por el extinto I.S.S., al Régimen de Ahorro Individual, administrado por Porvenir S.A., por cuanto dicho fondo incumplió su deber de informarle de manera clara, amplia, y suficiente, sobre las implicaciones de su decisión, por lo que vició su consentimiento.

Consecuencialmente, que se ordenara a Porvenir S.A. a trasladarle a Colpensiones, la totalidad de los dineros que se encontraran depositados en su cuenta de ahorro individual, junto con las correcciones monetarias a las que hubiera lugar; a Colpensiones a recibirla como afiliada sin solución de continuidad en el R.A.I.S., y a actualizar y corregir su historia laboral.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que estuvo afiliada en el extinto I.S.S., desde el año 1982 hasta el 1.° de junio de 1997, fecha en que se trasladó a Porvenir S.A.; que dicha A.F.P, omitió brindarle toda la información pertinente respecto de las consecuencias de su traslado, y le afirmó que como el I.S.S. se iba a liquidar, iba a perder todos los aportes que había realizado durante su vida laboral, lo cual no era cierto, y que durante su afiliación a Porvenir S.A., la A.F.P. no le informó sobre el año de gracia concedido mediante el Decreto n.° 3800 de 2003, ni sobre la imposibilidad de trasladarse de régimen cuando le faltaren menos de 10 años para pensionarse.

Agregó, que el 19 de octubre de 2018, Porvenir S.A. le hizo una proyección de su mesada pensional, la cual arrojó, que el máximo de

pensión que pudiese obtener a los 60 años sería de $1.189.600; que en el R.P.M., su mesada pensional sería de $2.587.076, esto es una diferencia de más de $1.000.000 entre ambos regímenes, y que el día 26 de octubre de 2018, solicitó ante Colpensiones el traslado de régimen, pero que la entidad no accedió a su petición por encontrarse próxima a cumplir la edad pensional (f.° 33 - 41).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Previa subsanación, la demanda se admitió el 19 de agosto de 2020, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.° 56).

La Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones. En su defensa, propuso como excepciones la inexistencia del derecho y de la obligación, error de hecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, e imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas (Expediente digital, pág. 74 - 85).

Porvenir S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones. Alegó en su favor, las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, excepción de error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, e imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas (f.° 61 - 67). No obstante, mediante auto de 14 de mayo de 2021, el juzgado tuvo por no contestada la demanda, por cuanto la misma fue presentada de forma extemporánea (f.° 71)

La **Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado**, guardó silencio (f.° 71).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia de 8 de junio de 2021, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional de la demandante, a través de Porvenir S.A.; ordenó a Colpensiones autorizar el traslado de la actora al Régimen de Prima Media Con prestación Definida, y a Porvenir S.A. a trasladar con destino a Colpensiones los aportes efectuados por la actora en el Régimen de Ahorro Individual, junto con todos los rendimientos financieros, frutos e intereses a que haya lugar, el bono pensional, los gastos de administración, además de cualquier monto recibido con motivo de la afiliación de la demandante, sin que le fuera dable realizar descuento alguno de la cotización total realizado por ésta, y declaró que Colpensiones, podía obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pudiera sufrir en el momento en que asumiera la obligación pensional de la actora en valores no previstos, y las reservas dispuestas para el efecto (f.° 103 - 105).

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

COLPENSIONES, apeló con el argumento de que la demandante actualmente se encuentra dentro de la prohibición legal de que trata el artículo 2.° de la Ley 797 de 2003, para trasladarse de régimen, e indico que su afiliación al R.A.I.S, goza de plena validez.

Se refirió a lo dispuesto en el artículo 107 de la Ley 100 de 1993, para señalar que, en el presente caso, era improcedente la solicitud de régimen pensional.

Arguyó, que no se demostró la existencia de un vicio de consentimiento en la decisión de la actora, ni que haya sido engañada en el momento en que se trasladó de régimen, pues para la época en

que ella se afilió al R.A.I.S, era imposible deducir el ingreso base de cotización que se aplicaría a su mesada pensional.

Manifestó, que en el Decreto n.° 2071 del Ministerio de Hacienda, se señaló que las administradoras de pensiones debían proporcionar a los afiliados información completa de los beneficios, efectos e inconvenientes de la toma de sus decisiones, así como que la Superintendencia Financiera, mediante Circular n.° 016 de 2016, dispuso que las mujeres de 42 años y hombres de 47 años, no se podían trasladarse de régimen a partir de las edades referidas sin haber recibido la asesoría pertinente. No obstante, aclaró que dicha disposición no era aplicable al presente caso, pues la misma no era retroactiva.

PORVENIR S.A., manifestó que dentro del proceso no se acreditó que al momento del traslado de régimen pensional de la actora, haya habido un error.

Alegó, que para la fecha en que la demandante se afilió al R.A.I.S, no se le exigía a los fondos privados dejar por escrito un documento referente a la asesoría verbal y personalizada que le era realizada a los afiliados, por cuanto con el formulario de afiliación bastaba, teniendo en cuenta que en dicho documento quedaba plasmada la firma del afiliado en aceptación de su traslado de forma libre, voluntaria y espontanea, y de haber recibido una asesoría completa, clara, y suficiente.

Afirmó, que el *a quo* desestimó el formulario de afiliación suscrito por la actora, por lo que la única manera que tenía para desvirtuar la presunción de mala fe en su obrar, era con la prueba testimonial, lo cual resultaba virtualmente imposible debido al paso del tiempo.

Agregó, que no podía imponérsele una obligación que no estaba vigente en el ordenamiento jurídico al momento de la afiliación de la actora al R.A.I.S., pues ello iría en contravía del principio de confianza legítima.

Subsidiariamente, solicitó que fuera revocada la condena respecto del traslado de los gastos de administración, y del seguro previsional, como quiera que su deducción implicaría un detrimento a su patrimonio, y un enriquecimiento sin causa para Colpensiones, pues los gastos de administración se cobraron como consecuencia de su excelente gestión en la administración de los recursos obrantes en la cuenta de la demandante, y el seguro previsional fue pagado de forma mensual a una aseguradora para cubrir los siniestros de invalidez y sobrevivencia, más no para asumir el pago la pensión de vejez.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, atendiendo la nueva conformación de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, procedió a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

Lo anterior, atendiendo lo expuesto en las sentencias de tutela n.° CSJ STL, 13 de may. 2020 rad. 59412, y CSJ STL3716-2020, así como también, a la postura del Honorable Magistrado, Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia CSJ STL8125-2020, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, en virtud de los cuales he venido acatando la orden allí impartida, y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar la procedencia de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional del aquí demandante, por falta de información suficiente por parte de las administradoras demandadas. Así como también, si hay lugar o no, a la devolución de los rendimientos y gastos de administración a COLPENSIONES.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: ***i)*** la demandante nació el 6 de febrero de 1965 (f.° 23); ***ii)*** que cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 6 de mayo de 1982, y el 30 de abril de 1997, 203.00 semanas (f.° 23); ***iii)*** y que el 1.° de junio de 1997, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por A.F.P. PORVENIR S.A. (f.° 22), donde actualmente se encuentra vinculada con un total de 1.101 semanas cotizadas, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa de f.° 14 a 18.

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

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

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

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

Así las cosas, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Al respecto, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989; reiterada en la CSJ SL, 6 dic. 2011, rad. 31314, dijo:

> *"Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.*

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

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

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

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

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

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

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

que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

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

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

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

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

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

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

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

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

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

Estos criterios, fueron expuestos en la mentada sentencia de tutela CSJ STL8125-2020, M.P. Doctor Omar Ángel Mejía Amador, la cual, como en precedencia se dijo, llevó a cambiar el criterio que venía sosteniendo el suscrito frente al tema de las nulidades e ineficacias de traslado de régimen pensional.

En dicha acción constitucional, se adujo:

"En este fallo (CSJ SL4426-2019), la Sala precisó que, tratándose de procesos de ineficacia de traslado de régimen pensional, es a la administradora de fondos a la que incumbe demostrar que ha cumplido con sus afiliados el deber de información antes aludido, el cual comprende una descripción de las características de cada uno de los regímenes pensionales en un lenguaje comprensible y de fácil acceso para el afiliado."

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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, la demandante, el 1.° de junio de 1997, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidariad administrado por PORVENIR S.A., conforme al certificado expedido por dicha A.F.P., el día 1.° de junio de 1997 (f.° 22), y lo admitido por la demandante en su interrogatorio de parte, de haber firmado el formulario de afiliación y traslado, el cual si bien fue aportado al proceso por PORVENIR S.A., no fue decretado como prueba documental en favor de ella, debido a que la contestación de la demanda fue presentada de forma extemporánea.

No obstante, como en su recurso de apelación, la A.F.P. esgrimió que en el formulario de afiliación suscrito por la actora constaba que ésta había adoptado la decisión de forma libre y voluntaria, debe decirse que esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

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

Y en la acción de tutela, arriba citada, la cual llevó a cambiar el criterio de este Magistrado Sustanciador, se dijo:

"La Sala de Casación Laboral de esta Corte ha establecido que de la simple suscripción del formulario de afiliación no puede deducirse el cumplimiento del deber de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, de conformidad con lo previsto en el artículo 97 del Decreto 633 de 1993, contentivo del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Precisamente, en la sentencia CSJ SL4426-2019, expresó:

De otra, porque la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)"[1]

Ahora bien, en lo que respecta a la falta de vicios en el consentimiento en el negocio celebrado entre el actor y el fondo de pensiones, es menester precisar que:

"la reacción el ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/ 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, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

Por lo expuesto, 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

[1] CSJ STL 8125-2020.

dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

(...) Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos."[2]

Posición esta, que fue replicada en la pluricitada sentencia de tutela CSJ STL 8125-2020, con lo que no es posible aplicar dicho argumento, así como tampoco aquel referente a la ratificación del acto por traslado entre administradoras de fondos de pensiones.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la A.F.P. accionada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Ahora bien, debe anotarse, frente a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, entre ellos, cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, debe decirse, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL1421-2019, 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.

[2] CSJ SL 1688-2019, 8 may. 2019, rad. 68838

"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."

Así mismo, en sentencia CSJ SL638-2020, indicó:

"Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de el 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 ello, al tenerse como nunca realizado el traslado, debe la demandada PORVENIR S.A. devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, entre ellos, cotizaciones, rendimientos y gastos de administración, pues dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social.

Respecto de la excepción de prescripción, la mentada Colegiatura ha dicho que la acción de ineficacia de traslado pensión 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»*[3], por lo que resulta acertada la decisión de la juzgadora de primera instancia.

Por todo lo anteriormente expuesto, las anteriores consideraciones a juicio de la Sala resultan suficientes para declarar

[3] CSJ SL1688-2019.

la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la demandante el 1.° de junio de 1997, cuando se trasladó del régimen de prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A., conforme a la certificación de afiliación expedida por la A.F.P (f.° 22), y lo admitido por la actora,. de haber suscrito el formulario de afiliación y traslado; por lo que, PORVENIR S.A., administradora a la cual se encuentra actualmente afiliada, deberá trasladar a COLPENSIONES todos los aportes, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración que posea el demandante en su cuenta. En consecuencia, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

RESUELVE:

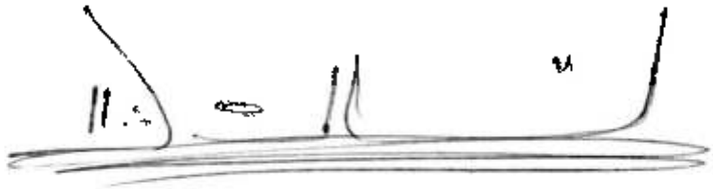
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 8 de junio de 2021, por el Juzgado 1.° Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

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

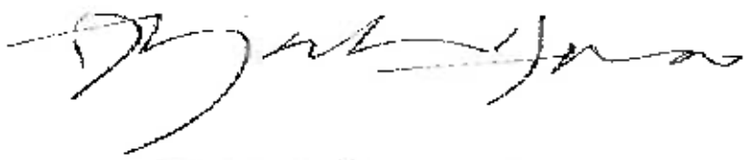
TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO,** atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

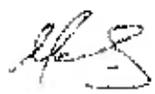
Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

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

DAVID A. J CORREA STEER

Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **JUDITH YANETH MORENO ACOSTA** contra **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**

EXP. 11001 31 05 **013 2019 00866** 01.

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.° 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por la demandada PORVENIR S.A., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, respecto de la sentencia proferida el 1.° de junio de 2021, por el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declarara la "nulidad" del traslado efectuado por ella a finales de 1995, del Régimen de Prima

Media al Régimen de Ahorro Individual administrado por HORIZONTE S.A., hoy PORVENIR S.A., por cuanto en la etapa precontractual dicha A.F.P., no le brindó información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas de ambos regímenes pensionales, y en especial de su situación personal y concreta. En consecuencia, solicitó que se tuviera como afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida por Colpensiones, como si nunca se hubiere trasladado del mismo.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 27 de julio de 1965; que a finales del año 1995, se trasladó del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, administrado por Horizonte S.A., hoy Porvenir S.A.; y que dicha A.F.P., tiene la carga de la prueba de demostrar que cumplió con el deber de ofrecerle la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, así como los beneficios y consecuencias del mismo.

Agregó, que tiene un total de 1397 semanas cotizadas en el Sistema General de Pensiones; que Porvenir S.A., le realizó una simulación personal bajo la modalidad de retiro programado, cotizando el 100% del tiempo, en la cual proyectó que el valor de su mesada pensional sería de $781.242, para cuando cumpliera los 57 años, esto es, en el año 2022; que al realizar una simulación pensional en el R.P.M., evidenció que su mesada pensional sería ostensiblemente superior en dicho régimen, y que el 23 de abril de 2019, solicitó ante Colpensiones la nulidad de su traslado, pero que la entidad, mediante comunicado de 7 de mayo de 2019, rechazó su petición. (pág. 3 - 9 archivo n.° 1).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 18 de diciembre de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (pág. 34 archivo n.°1).

La Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra. En su defensa, propuso las excepciones de prescripción, caducidad, cobro de lo no debido, y buena fe (pág. 40 - 44).

Porvenir S.A., contestó con oposición a la totalidad de las pretensiones de la demanda. Alegó en su favor, las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe (pág. 1 - 20, archivo n.° 3).

La **Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado**, guardó silencio (archivo n.° 8).

Posteriormente, mediante auto de 12 de mayo de 2021, el Juzgado 1.° Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá D.C, asumió el conocimiento del presente proceso, por cumplir con los parámetros indicados en el b) del artículo 5 del Acuerdo PCSJA21 - 11766 de 11 de marzo de 2021 (archivo n.° 4)

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia de 1.° de junio de 2021, declaró la ineficacia del traslado de la actora, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por Colpensiones, al Régimen de Ahorro

Individual con solidaridad, administrado por Porvenir S.A., realizado el 28 de diciembre de 1995; declaró válidamente vinculada a la demandante, al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por Colpensiones, como si nunca se hubiere trasladado; condenó a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, rendimientos financieros, sin descontar los gastos de administración, y absolvió a las demandadas de las demás pretensiones.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

PORVENIR S.A., solicitó que fuera revocada la sentencia en su totalidad. Esgrimió, que el *a quo* no tuvo en cuenta la normativa vigente respecto del deber de información para la fecha en que la demandante efectuó el traslado al R.A.I.S., esto es, la Ley 100 de 1993, y el Decreto 664 de la misma anualidad, el cual dispuso que los fondos debían otorgarle a los afiliados una simple información sobre el traslado de régimen, enfocada principalmente en impedir la coacción en la escogencia del mismo.

Arguyó, que debía respetarse el principio de retroactividad de la norma, por lo que no se le podía exigir a la A.F.P., que cumpliera con deberes que surgieron con posterioridad a la afiliación de la demandante, pues para dicha época bastaba con la simple firma en el formulario de afiliación, y con una asesoría verbal para que el traslado de régimen fuera válido.

Dijo, que con el interrogatorio de parte de la actora se evidenció que si recibió una asesoría previa a su traslado, y que el hecho de que no se le hubiese efectuado una proyección pensional no significaba

la vulneración de su derecho a la información, pues para dicha época ni siquiera se tenía la certeza de si la actora consolidaría una posible mesada pensional. Así, afirmó que la verdadera inconformidad de la actora, radicaba en el monto de su mesada pensional lo cual no era suficiente para declarar la ineficacia del traslado.

Finalmente, expuso no estar de acuerdo con la condena respecto de la devolución de los rendimientos y los gastos de administración, pues no resultaba coherente aplicar los efectos de la ineficacia en algunos aspectos y en otros no, dado que si la ocurrencia de dicho fenómeno jurídico consistía en que el negocio jurídico nunca se realizó, pues habría de entenderse lo mismo respecto de los rendimientos y los gastos de administración.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, atendiendo la nueva conformación de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, procedió a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

Lo anterior, atendiendo lo expuesto en las sentencias de tutela n.° CSJ STL, 13 de may. 2020 rad. 59412, y CSJ STL3716-2020, así como también, a la postura del Honorable Magistrado, Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia CSJ STL8125-2020, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, en virtud de los cuales he venido acatando la orden allí impartida, y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar la procedencia de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional del aquí demandante, por falta de información suficiente por parte de las administradoras demandadas. Así como también, si hay lugar o no, a la devolución de los rendimientos y gastos de administración a COLPENSIONES.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: ***i)*** la demandante nació el 27 de julio de 1965 (pág. 10, archivo n.° 1); ***ii)*** que efectuó aportes a la Caja de Previsión Social de Boyacá, desde el 1.° de junio de 1989 hasta el 31 de diciembre de 1995 (pág. 16, archivo n.° 1), ***iii)*** y que el 28 de diciembre de 1995, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidariad administrado por la A.F.P. Horizonte S.A., hoy Porvenir S.A., con fecha de efectividad desde el el 1.° de enero de 1996 (pág. 22, 24 archivo n.° 3), donde actualmente se encuentra vinculada con un total de 1114 semanas cotizadas, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral, actualizada al 5 de enero de 2021, que reposa en las páginas 36 a 44del archivo n.° 3 del expediente digital.

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

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal b) estableció que la selección de uno cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones, será libre y voluntaria por parte del afiliado,

quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

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

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

Así las cosas, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Al respecto, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989; reiterada en la CSJ SL, 6 dic. 2011, rad. 31314, dijo:

> *"Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto*

desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal

afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

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

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

Estos criterios, fueron expuestos en la mentada sentencia de tutela CSJ STL8125-2020, M.P. Doctor Omar Ángel Mejia Amador, la cual, como en precedencia se dijo, llevó a cambiar el criterio que venía sosteniendo el suscrito frente al tema de las nulidades e ineficacias de traslado de régimen pensional.

En dicha acción constitucional, se adujo:

> *"En este fallo (CSJ SL4426-2019), la Sala precisó que, tratándose de procesos de ineficacia de traslado de régimen pensional, es a la administradora de fondos a la que incumbe demostrar que ha cumplido con sus afiliados el deber de información antes aludido, el cual comprende una descripción de las características de cada uno de los regímenes pensionales en un lenguaje comprensible y de fácil acceso para el afiliado."*

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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, la demandante, el 28 de diciembre de 1995, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por HORIZONTE S.A., hoy PORVENIR S.A., conforme el formulario de afiliación y traslado allegado al proceso, visible en la página 24 del archivo n.° 3 del expediente digital, el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

> *"(...) la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignada en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como "la afiliación se hace libre y voluntaria", "se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones" u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son*

suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo acreditan un consentimiento, pero no informado."

Y en la acción de tutela, arriba citada, la cual llevó a cambiar el criterio de este Magistrado Sustanciador, se dijo:

"La Sala de Casación Laboral de esta Corte ha establecido que de la simple suscripción del formulario de afiliación no puede deducirse el cumplimiento del deber de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, de conformidad con lo previsto en el artículo 97 del Decreto 633 de 1993, contentivo del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Precisamente, en la sentencia CSJ SL4426-2019, expresó:

De otra, porque la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)"[1]

Ahora bien, en lo que respecta a la falta de vicios en el consentimiento en el negocio celebrado entre el actor y el fondo de pensiones, es menester precisar que:

"la reacción el ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) 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, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

Por lo expuesto, 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.

---

[1] CSJ STL 8125-2020.

(...) Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos."[2]

Posición esta, que fue replicada en la pluricitada sentencia de tutela CSJ STL 8125-2020, con lo que no es posible aplicar dicho argumento, así como tampoco aquel referente a la ratificación del acto por traslado entre administradoras de fondos de pensiones.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de las A.F.P. accionada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Ahora bien, debe anotarse, frente a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual del actor, entre ellos, cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, debe decirse, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL1421-2019, 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

[2] CSJ SL 1688-2019, 8 may. 2019, rad. 68838

propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."

Así mismo, en sentencia CSJ SL638-2020, indicó:

"Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de el 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 ello, al tenerse como nunca realizado el traslado, debe la demandada PORVENIR S.A. devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, entre ellos, cotizaciones, rendimientos y gastos de administración, pues dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social.

Respecto de la excepción de prescripción, la mentada Colegiatura ha dicho que la acción de ineficacia de traslado pensión 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»*[3], por lo que resulta acertada la decisión de la juzgadora de primera instancia.

Por todo lo anteriormente expuesto, las anteriores consideraciones a juicio de la Sala resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la demandante el 28 de diciembre de 1995, cuando se trasladó del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (pág. 24 archivo n.° 3), por lo que, PORVENIR S.A., administradora a la cual se encuentra

[3] CSJ SL1688-2019.

actualmente afiliada, deberá trasladar a COLPENSIONES todos los aportes, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración que posea la demandante en su cuenta. En consecuencia, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

RESUELVE:

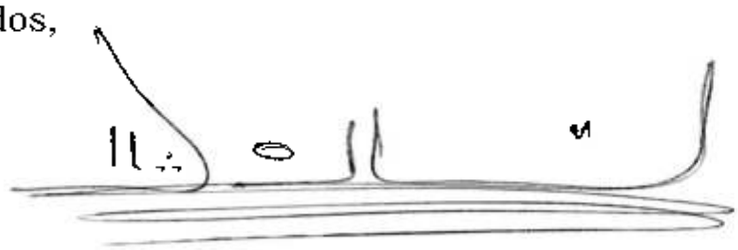
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 1.° de junio de 2021, por el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **JOSÉ ÓSCAR BEDOYA ARCILA** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, y **PROTECCIÓN S.A.**

EXP. 11001 31 05 **014 2018 00611** 01.

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.° 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia proferida el 10 de marzo de 2021, por el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, que se declare en forma principal que tiene derecho a retornar al R.P.M.P.D., y de manera subsidiaria, que se declare la nulidad del traslado del R.P.M.P.D. al R.A.I.S. efectuado ante Protección S.A.; en consecuencia, se condene a Protección S.A., trasladar a Colpensiones los valores que obran en su cuenta de ahorro individual, junto con los bonos pensionales recibidos, cotizaciones percibidas entre el 1.° de julio de 1996 y el 12 de octubre de 1997, más los intereses de conformidad con el artículo 7.° del Decreto 3995 de 2008.

Adicional a lo anterior, solicitó que se declare que cumplió los requisitos legales exigidos para acceder a la pensión de vejez desde el 27 de marzo de 2009; y por ende, se condene a COLPENSIONES a pagar en forma retroactiva desde el momento en que cumplió los requisitos, todas las sumas de dinero dejadas de pagar, esto es desde el 27 de marzo de 2009 en 14 mesadas anuales, junto con los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, sobre cada una de las mesadas, o en su defecto, la indexación desde el momento en que se causaron hasta cuando se efectúe el pago (f.° 57).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 27 de marzo de 1949; realizó aportes en el extinto I.S.S. por un total de 1206 semanas, y en PROTECCIÓN S.A. completó 55.71 semanas; con la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, cotizó cerca de 20 años antes del 1.° de abril de 1994; el 2 de octubre de 1997, se trasladó a PROTECCIÓN S.A., quien no le brindó la información adecuada; mediante Resolución n.° 2003-5505, PROTECCIÓN S.A., le reconoció la pensión de vejez en la modalidad de retiro programado; el 18 de agosto de 2016, solicitó a

PROTECCIÓN S.A., el retorno al R.P.M.P.D., pero fue negado el pedimento, el 22 de los mismos mes y año, con el argumento de ostentar la calidad de pensionado. Solicitó la pensión de vejez el 26 de agosto de 2016, a COLPENSIONES, pero también fue rechazada la petición (f.° 53).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 3 de octubre de 2018, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.° 60).

COLPENSIONES, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones y en su defensa propuso como excepciones las de inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, inexistencia de condena en intereses moratorios, prescripción, imposibilidad para cumplir con las obligaciones pretendidas, y buena fe (f.° 80-87).

PROTECCIÓN S.A., se opuso parcialmente a las pretensiones y propuso como excepciones de fondo o de mérito las denominadas: declaración de manera libre y espontánea del demandante al momento de la afiliación a la A.F.P., buena fe, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración y 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, improcedencia de declaratoria de nulidad de traslado al R.A.I.S. por situación de pensión consolidada, prescripción, y compensación (f.° 160-166).

Aunado a lo anterior, presentó demanda de reconvención, con el fin de que se declare principalmente que la afiliación del demandante suscrita el 22 de septiembre de 1997, ante dicha entidad, es válida

para el traslado de régimen pensional; en forma subsidiaria, solicitó que en caso se declararse la nulidad de la afiliación, y sea condenada al traslado a COLPENSIONES de la totalidad de los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual del demandante, que sea condenado él a reintegrar la totalidad de las sumas de dinero pagadas por mesadas pensionales, junto con los rendimientos e intereses, así como a pagar el excedente que corresponda en el evento en que el dinero que conserve en el R.A.I.S. sea inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso que hubiere permanecido en el régimen de prima media, al tenor de lo dispuesto en las sentencias SU-062-2010 y C-782-2002.

Basó sus pedimentos, en que el demandante se afilió a PROTECCIÓN S.A., el 22 de septiembre de 1997, e inició su trámite pensional desde el 12 de marzo de 2003, cuando escogió como modalidad de pensión, el retiro programado, y seleccionó la empresa con la cual negociaría su bono pensional, por lo que la A.F.P. mediante Resolución n.° 2003-5505, le reconoció la pensión de vejez de manera anticipada, en cuantía inicial de $750.038, mediante la mencionada modalidad a razón de 14 mesadas anuales a partir de mayo de 2003, (167-169).

La demanda de reconvención se admitió mediante auto del 25 de octubre de 2019 (f.° 171), y el demandante la contestó oponiéndose a lo pretendido, paralo cual propuso como excepciones de mérito las denominadas deber de información no se deriva del formulario de afiliación, ausencia de requisitos legales para obrar la devolución de mesadas, ausencia de requisitos legales para cancelar el excedente en caso de que el dinero que conserve el R.A.I.S. sea inferior al monto total del aporte total que corresponda, buena fe del afiliado, mala fe de la administradora, prescripción, caducidad, compensación (f.° 172-178).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.° 64).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 10 de marzo de 2021, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por COLPENSIONES; y como consecuencia de ello, absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante y se abstuvo de imponer costas a cargo de las partes (f.° 192, 193).

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El demandante, apeló con el fin de que se acceda a las pretensiones invocadas, con el argumento de que es beneficiario de la sentencia SU-062-2010, dado que para el año 1994, contaba con más de 15 años de cotizaciones; consideró, que la *a quo* ha debido liquidar la indemnización de perjuicios que ocasionó dicho traslado, en aplicación de los principios de *in dubio pro operario* y condición más beneficiosa

V. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, atendiendo la nueva conformación de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, procedió a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

Lo anterior, atendiendo lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en las sentencias de tutela n.° CSJ STL, 13 de may. 2020, rad. 59412, y CSJ STL3716-2020; así como también, a la postura del Magistrado, Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia CSJ STL8125-2020 y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, en virtud de los cuales he venido acatando la orden allí impartida, y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar la procedencia de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional del aquí demandante, por falta de información suficiente por parte de las administradoras demandadas, a pesar de que ya cuenta con el estatus de pensionado.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: ***i)*** la demandante nació el 27 de marzo de 1949 (f.° 2, 3, 116); ***ii)*** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 11 de septiembre de 1973 y el 31 de enero de 1997, 1206.56 semanas (f.° 8, 9, 71-77); ***iii)*** que el 22 de septiembre de 1997, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. PROTECCIÓN S.A., con fecha de efectividad desde 1° de noviembre de 1997 (f.° 115, 159), entidad en la que además realizó aportes voluntarios (f.° 125-129, 151-153), para que a través de la Resolución n.° 2003-5505 del 14 de mayo de 2003, se le reconociera la pensión de vejez en la modalidad de retiro programado a partir de mayo de dicha anualidad (f.° 4-6, 123).

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

Antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional, de ahí que tienen el deber de brindar a sus afiliados una asesoría que les permita tener los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión tomada al momento del traslado, y por ende, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento de ese deber de información corresponde al fondo de pensiones, sin importar si la persona era o no beneficiaria del régimen de transición, o tenía una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989; reiterada en la CSJ SL, 6 dic. 2011, rad. 31314, STL8125-2020).

También, la jurisprudencia ha establecido que el formulario no es prueba del consentimiento informado, esto es, no prueba la información otorgada, pero sí prueba, a lo sumo, el consentimiento del afiliado sin vicios, sin que sea necesario acreditarlos para predicar la falta de información por parte de los fondos de pensiones (CSJ

SL19447-2017, SL1452, SL1688, SL1689 y SL4426 dc 2019, entre otras).

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, el demandante, el 22 de septiembre de 1997, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Protección S.A., conforme el formulario de afiliación y traslado allegados al proceso, visible a f.° 115, 159, el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia; de manera que, faltar al deber de información que tienen las administradoras de los fondos privados para efectuar los traslado, conlleva a declarar la ineficacia del acto.

Sin embargo, en este preciso caso, a pesar de que no hay duda dc la deficiencia en la información por parte de PROTECCIÓN S.A., no podría declararse la ineficacia de la afiliación, porque no es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haberse efectuado el traslado de régimen, o de no haberse afiliado al R.A.I.S. el demandante, por cuanto aceptó el reconocimiento de la pensión en la modalidad de retiro programado que le hizo ésta A.F.P. a través de la Resolución n.° 2003-5505 del 14 de mayo de 2003 (f.° 4-6, 123); pues, de conformidad con los documentos que reposan en el expediente, está claro que el 12 de marzo de 2003, presentó solicitud para pensionarse, la cual fuc reconocida y pagada con su respectivo retroactivo en el mes de mayo del mismo año, aceptando expresamente el pago de la misma, como lo admitió en el interrogatorio de parte que rindió en primera instancia (f.° 189, 190), sin que el monto de la mesada pensional se constituya, por sí sola, en una causal de nulidad.

Tampoco, en el presente caso se puede desconocer la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la coexistencia de los regímenes pensionales, las técnicas excluyentes para la financiación del sistema pensional y la diferencia en el concepto de solidaridad de cada uno de los regímenes, lo cual se puede constatar en lo expuesto, entre otras, en las siguientes sentencias: en la C-083-2019, se dijo lo siguiente:

> *"el Estado optó por dos técnicas excluyentes la de reparto y la de capitalización. En la primera, la prestación se financia a partir de una cuenta global, compuesta por todas las cotizaciones que ingresan en un determinado periodo y que se distribuye entre sus beneficiarios, cubriendo así las cargas del sistema. La Ley 100 la acoge a través del régimen de prima media con prestación definida, y subraya su carácter interdependiente y por tanto solidario, pues los recursos actuales cubren las obligaciones ya causadas y esto, en sí mismo, genera una tensión permanente en su financiamiento que ha conducido a que el Estado disponga parte de su presupuesto para subvencionarlas.*
>
> *De otro lado la técnica de capitalización, en términos simples, se realiza a través del ahorro individual, de manera que las cotizaciones de los afiliados son las que alimentan su reserva que se incrementa con los intereses que recibe, por todo el tiempo cada asegurado y se hace efectivo cuando se completa un valor suficiente para asegurar el pago de la pensión. En la Ley 100 de 1993 esto tiene una variación, pues por razón del principio de solidaridad y de la finalidad de progresión en la cobertura, aun si el valor del ahorro no alcanza, pero se convierte en cotizaciones de semanas, se garantiza una pensión mínima.*
>
> *Estas reflexiones sobre cómo funcionan las técnicas para garantizar el derecho fundamental a la seguridad social en pensiones son útiles, entre otros permite advertir que la técnica de reparto -régimen de prima media- tiene un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional[30], y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación[31], de manera que no puede argüirse que la pensión deba reflejar estrictamente aquello que se cotizó".*

Y en la providencia C-1024-2004, al analizar la exequibilidad del artículo 2.° de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, la citada Corporación manifestó:

> *"el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones..."* y *"el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no*

fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes.

Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas. Permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional...".

De tal manera, que siguiendo esos derroteros jurisprudenciales se colige que al ser los regímenes de prima media y de ahorro individual excluyentes entre sí por su forma de financiación diferente, el principio de solidaridad es disímil entre ellos, porque quienes en el régimen de prima media han aportado al sistema con un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional, ello no ocurre con los aportantes al régimen de ahorro individual que decidieron ahorrar en una cuenta individual y el aporte solidario es para ellos mismos en caso de no contar con un capital suficiente para financiar su propia pensión.

Esa financiación intra e intergeneracional no se suple con el simple traslado del monto de la cuenta y demás valores como se indican en las sentencias que declaran la ineficacia o nulidad del acto de traslado, lo cual se deduce del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que solo permite el retorno al régimen de prima media del afiliado que se trasladó de régimen cuando cotizó 15 años o más al sistema antes del 1.° de abril de 1994; pero resaltándose, como atrás se dijo, que el demandante conocía perfectamente el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, lo que descarta que las demandadas hubieran violentado su eventual derecho a obtener una pensión el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Así las cosas, una decisión contraria a la emitida por el juez de primera instancia vulneraría los principios de solidaridad propio del régimen de Prima Media, de equidad y de sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones contemplados en el artículo 48 de la Constitución Política adicionado por el Acto Legislativo 1.° de 2005, en la medida en que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, pues la prestación que hoy percibe, es a su vez financiada con los recursos de su cuenta de ahorro individual y el bono pensional, de manera que no es factible retrotraer tales situaciones como se pretende.

Es que no se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto; de modo que no se trataría solo de reversar el acto de traslado y el reconocimiento de la pensión, sino todas las operaciones, actos y contratos con el afiliado, aseguradoras, A.F.P., entidades oficiales e inversionistas, según sea la modalidad pensional elegida, entre muchas otras situaciones ya consolidadas, que inevitablemente generarían un déficit financiero en el régimen de prima media con prestación definida, en detrimento de los intereses generales de los colombianos y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones (CSJ SL373-2021).

Es más el demandante en este caso, se pensionó de manera anticipada a sus 54 años de edad, y la prestación que hoy goza fue financiada con los recursos de su cuenta de ahorro individual y el bono pensional, de manera que, no es factible retrotraer tales situaciones como se pretende.

Ahora, frente a la solicitud de reconocimiento y pago de perjuicios elevada por el recurrente, esta Sala debe anotar, que negar tal pedimento resulta acertado por la Juzgadora de primera instancia, toda vez que, pese a que el pensionado que se considere perjudicado con el monto pensional que le fue reconocido, debido al presunto incumplimiento de la A.F.P. de su deber de información al momento de su traslado, tiene derecho a demandar una reparación integral a cargo dicha entidad al tenor de lo dispuesto en los artículos 2341 del Código Civil y 16 de la Ley 446 de 1998; lo cierto es que en el caso concreto, mal hubiese podido la *a quo*, con base en sus facultades *ultra y extra petita*, conceder tal solicitud elevada en los alegatos de conclusión, pues, no obra prueba en el expediente que acredite los perjuicios alegados por el demandante, ni tal petición fue objeto de debate en el contradictorio, razón por la cual, mal podría esta Sala entrar a estudiar tal reconocimiento, menos aún por prohibición expresa del artículo 50 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

En consecuencia, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

RESUELVE:

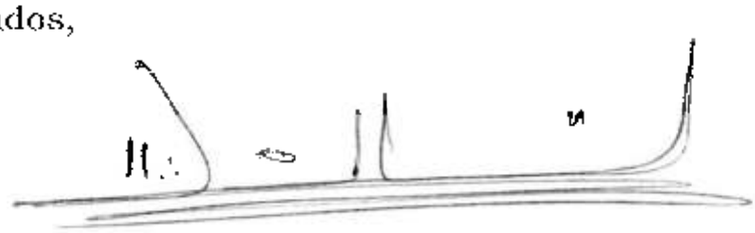
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 10 de marzo de 2021, por el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

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

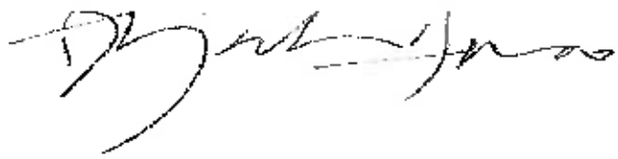
TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO,** atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

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

DAVID A. J CORREA STEER

Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **JOSÉ ERNESTO NAVARRO JIMÉNEZ** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A**

EXP. 11001 31 05 **023 2019 00688** 01.

Bogotá DC, treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.° 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas, y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, respecto de la sentencia proferida el 26 de marzo de 2021, por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá DC, y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, que se declarara la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, por existir un engaño y asalto en su buena fe, debido a la falta de información profesional, veraz, pertinente, objetiva, comprensible, clara y precisa, lo que vició su consentimiento.

Consecuencialmente, que se ordenara su traslado al régimen de prima media con prestación definida, y a Porvenir S.A., a devolverle a Colpensiones todos los dineros que recibió con motivo de su afiliación, con los respectivos rendimientos.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que se afilió al extinto I.S.S. en febrero de 1977, y que el 28 de marzo de 2000, se traslado al régimen de ahorro con solidaridad administrado por Protección S.A., pero que su decisión no estuvo precedida de la suficiente información por parte de ésta, como quiera que su afiliación se realizó bajo el formato preestablecido, sin haberle sido entregada una información completa, veraz, adecuada, y cierta respecto de las prestaciones económicas y beneficios que obtendría en el R.A.I.S.

Informó, que el día 30 de junio de 2004, se trasladó a Horizonte S.A., hoy Porvenir S.A.; que le fue realizada una proyección pensional para el año 2020, según la cual su mesada en el R.P.M. sería de $2.826.647, y en el R.A.I.S. de $1.077.293, y pese a que solicitó tanto a los fondos privados como a Colpensiones, su traslado al R.A.I.S., ninguna lo ha efectuado.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 10 de diciembre de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.° 74).

La **Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones**, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones. En su defensa propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, improcedencia de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen, inoponibilidad de la responsabilidad de la A.F.P ante Colpensiones, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, inexistencia de la obligación de la afiliación, error de hecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, y presunción de legalidad de los actos jurídicos (f.° 79 - 95).

Protección S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra. Alegó en su favor, las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la A.F.P., e 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 (f.° 185).

Porvenir S.A., también se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas por la actora. Invocó las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, y cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación (f.° 185).

La **Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado**, guardó silencio (f.° 163).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá DC., en sentencia de 26 de marzo de 2021, declaró la ineficacia del traslado del actor; condenó a Protección S.A., a trasladar todos los valores que hubiere recibido, del 1.° de mayo de 2000 al 31 de marzo de 2002, con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de cuenta individual, sumas adicionales a la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por la administración, ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia; autorizó a Protección S.A. a efectuar el descuento del dinero que transfirió a Porvenir S.A., con ocasión del traslado del actor; condenó a Porvenir S.A., a devolverle a Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, y condenó en costas a Protección S.A. (f.° 163 - 171).

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Porvenir S.A., interpuso recurso de apelación para que fuera revocada la sentencia en su totalidad. Manifestó, no compartir lo afirmado por al *a quo* de que al actor no se le brindó la información

suficiente en el momento en que se trasladó de régimen, por cuanto en su interrogatorio de parte identificó características propias tanto del R.A.I.S. como del R.P.M.

Arguyó, que cuando el actor se afilió a Porvenir S.A., la A.F.P. no tenía la obligación de realizar una comparación entre ambos regímenes, ni de efectuar una doble asesoría, y que como consumidor financiero, debió tener una mediana diligencia y obtener la información suficiente respecto del acto de traslado que realizó.

Esgrimió, que el actor ratificó su voluntad de permanecer en el R.A.I.S., al haber efectuado un traslado horizontal a otra A.F.P, por lo que era claro que su verdadera inconformidad radicaba en el monto de mesada pensional que recibiría en este régimen.

Finalmente, solicitó que de no ser revocada la sentencia, se modificara la decisión respecto de la condena del traslado a Colpensiones de los gastos de administración, y de la prima de seguro previsional, como quiera que el primer concepto tenía una destinación específica por mandato legal, esto es la correcta administración de los recursos aportados por el actor, que permitió generar un incremento en su rentabilidad, mientras que el segundo concepto, ya había sido girado a la compañía aseguradora que se contrató, para que financiara las contingencias derivadas de una eventual sobrevivencia e invalidez.

Protección S.A., interpuso recurso de apelación, únicamente, respecto de la condena de trasladar a Colpensiones, los gastos de administración y el seguro previsional.

Sobre los gastos de administración, indicó que la deducción de este concepto de la cuenta de ahorro individual del demandante, se realizó como consecuencia de una disposición legal, exequible, aplicable y vigente, y que no era dable efectuar su traslado a Colpensiones, como quiera que en esa entidad no se generan ese tipo

de descuentos.

En cuanto al seguro previsional, manifestó que no podía ser condenada a devolver dicho valor, toda vez que, de forma mensual, le había pagado a una aseguradora el mismo, para cubrir las contingencias que pudieran derivarse de un siniestro de invalidez o sobrevivencia, y que se encontraba impedida para recobrarle esos valores a la aseguradora, máxime cuando se trataba de un tercero de buena fe, que no intervino en el contrato efectuado entre ella y el actor.

Agregó, que todos los valores que reposaban en la A.F.P., ya habian sido traslados a Porvenir S.A.

Colpensiones, solicitó que fuera revocada la sentencia en su totalidad. Esgrimió, que el traslado efectuado por el actor del R.P.M. al R.A.I.S., fue realizado de forma libre y voluntaria, tanto así que éste permaneció afiliado a éste régimen por más de 21 años.

Arguyó, que el demandante, pese haber tenido la oportunidad de trasladarse al R.P.M., prefirió realizar un traslado entre administradoras del R.A.I.S., y que pese haber tenido la oportunidad de informarse sobre las implicaciones de cada régimen, solamente se quedó con la información que le fue brindada en los años 2000, y 2002.

Aseveró, que como el demandante no era beneficiario del régimen de transición no podía regresar al R.P.M., y que en el momento en que solicitó su traslado, ya estaba incurso en la prohibición de cambiarse de régimen.

Señaló, también, que debía salvaguardarse el principio de sostenibilidad financiera, el cual se veria afectado al aceptar al actor como afiliado de Colpensiones.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, atendiendo la nueva conformación de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, procedió a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

Lo anterior, atendiendo lo expuesto en las sentencias de tutela n.° CSJ STL, 13 de may. 2020 rad. 59412, y CSJ STL3716-2020, así como también, a la postura del Honorable Magistrado, Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia CSJ STL8125-2020, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, en virtud de los cuales he venido acatando la orden allí impartida, y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar la procedencia de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de la aquí demandante, por falta de información suficiente por parte de las administradoras demandadas. Así como también, si hay lugar o no, a la devolución de los rendimientos y gastos de administración a Colpensiones.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: ***i)*** el demandante nació el 19 de junio de 1956 (f.° 19); ***ii)*** que cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales, entre el 6 de febrero de 1977, y el 31 de marzo de 2000, 889.57 semanas (f.° 19); ***iii)*** que el 28 de

marzo de 2000, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. Protección S.A., con fecha de efectividad desde 1° de mayo de 2000 (f.° 46, 50 y CD. f.° 185); ***iv)*** que el 20 de febrero de 2002, se trasladó a PORVENIR S.A., con fecha de efectividad desde el 1.° de abril de 2004 (f.° 26 y CD. f.° 185); ***v)*** que el 30 de junio de 2004, se trasladó a HORIZONTE S.A., con fecha de efectividad desde el 1.° de aogosto de 2004 (f.° 25 y CD. f.° 185); ***vi)*** y que desde el 1.° de enero de 2014, hasta la actualidad, se encuentra afiliado a Porvenir S.A., en virtud del acuerdo de fusión celebrado entre la A.F.P. Horizonte S.A., y Porvenir S.A., con un total de 1238 semanas cotizadas al sistema general de pensiones, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa de f.° 27 a 29.

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

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

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

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

Así las cosas, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Al respecto, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989; reiterada en la CSJ SL, 6 dic. 2011, rad. 31314, dijo:

> *"Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.*
>
> *Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.*
>
> *La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la*

gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

Estos criterios, fueron expuestos en la mentada sentencia de tutela CSJ STL8125-2020, M.P. Doctor Omar Ángel Mejía Amador, la cual, como en precedencia se dijo, llevó a cambiar el criterio que venía sosteniendo el suscrito frente al tema de las nulidades e ineficacias de traslado de régimen pensional.

En dicha acción constitucional, se adujo:

"En este fallo (CSJ SL4426-2019), la Sala precisó que, tratándose de procesos de ineficacia de traslado de régimen pensional, es a la administradora de fondos a la que incumbe demostrar que ha cumplido con sus afiliados el deber de información antes aludido, el cual comprende una descripción de las características de cada uno de los regímenes pensionales en un lenguaje comprensible y de fácil acceso para el afiliado."

Así las cosas, conforme la jurisprudencia en cita, al alegarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de

la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al fondo de pensiones, sin que haga alguna diferencia si la afiliada era o no beneficiaria del régimen de transición, o tenía una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, el demandante, el 28 de marzo de 2000, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PROTECCIÓN S.A., conforme con el formulario de afiliación y traslado allegado al proceso, visible a f.° 46 y 50, el cual, si bien refieren que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

Y en la acción de tutela, arriba citada, la cual llevó a cambiar el criterio de este Magistrado Sustanciador, se dijo:

> *"La Sala de Casación Laboral de esta Corte ha establecido que de la simple suscripción del formulario de afiliación no puede deducirse el cumplimiento del deber de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, de conformidad con lo previsto en el artículo 97 del Decreto 633 de 1993, contentivo del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Precisamente, en la sentencia CSJ SL4426-2019, expresó:*
>
> *De otra, porque la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)"*[1]

[1] CSJ STL 8125-2020.

Ahora bien, en lo que respecta a la falta de vicios en el consentimiento en el negocio celebrado entre la actora y el fondo de pensiones, es menester precisar que:

> *"la reacción el ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) 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, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.*
>
> *Por lo expuesto, 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.*
>
> *(...) Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos."*[2]

Posición esta, que fue replicada en la pluricitada sentencia de tutela CSJ STL 8125-2020, con lo que no es posible aplicar dicho argumento, así como tampoco aquel referente a la ratificación del acto por traslado entre administradoras dc fondos de pensiones.

---

[2] CSJ SL 1688 2019, 8 may. 2019, rad. 68838

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de las A.F.P. accionadas que hubiesen suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Ahora bien, debe anotarse, frente a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual del actor, entre ellos, cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, debe decirse, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL1421-2019, 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."*

Así mismo, en sentencia CSJ SL638-2020, indicó:

> *"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 ello, al tenerse como nunca realizado el traslado, debe la demandada PORVENIR S.A. devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, entre ellos,

cotizaciones, rendimientos y gastos de administración, pues dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social.

Respecto de la excepción de prescripción, la mentada Colegiatura ha dicho que la acción de ineficacia de traslado pensión 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»*"[3], por lo que resulta acertada la decisión del juzgador de primera instancia.

Por todo lo anteriormente expuesto, las anteriores consideraciones a juicio de la Sala resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el demandante el 28 de marzo de 2000, cuando se trasladó del régimen de prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PROTECCIÓN S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (f.° 46, 59 y CD. f.° 185), así como las sucesivas afiliaciones a otras administradoras del R.A.I.S., siendo la última PORVENIR S.A., administradora que por ser a la que actualmente se encuentra afiliado el actor, deberá trasladar a Colpensiones todos los aportes, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración que posea el demandante en su cuenta. En consecuencia, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

---

[3] CSJ SL1688-2019.

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 26 de marzo de 2021, por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá DC, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

DAVID A. J. CORREA STEER

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

DAVID A. J CORREA STEER

Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **GUILLERMO TRIANA SERPA** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES,** y **COLFONDOS S.A.**

EXP. 11001 31 05 **023 2020 00195** 01.

Bogotá D.C., treinta (30) dc julio de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.° 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recursos de apelación interpuesto por Colpensiones, y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de dicha entidad, respecto dc la sentencia proferida el 8 de abril de 2021, por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, que se declarara la nulidad y/o ineficacia de su traslado de régimen efectuado ilegalmente por

Colpensiones, del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por la A.F.P Colfondos S.A. En consecuencia, que se le ordenara a Colfondos S.A., a trasladar a Colpensiones todos los aportes que efectuó en el R.A.I.S., y a Colpensiones a reactivar su afiliación en el R.P.M., así como a actualizar su historia laboral.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 21 de abril de 1955; que realizó aportes a la Nación desde marzo de 1972 hasta el 1.° de junio de 1987; que efectuó aportes en el extinto I.S.S., desde noviembre de 1987 hasta el 31 de octubre de 1996, y que hizo aportes en Colfondos S.A., desde el 1.° de noviembre de 1996 hasta marzo de 2020.

Agregó, que actualmente tiene 65 años de edad, y 1286 semanas cotizadas, por lo que tiene el derecho para acceder a su pensión; que por dicho motivo, solicitó a Colpensiones el trámite de ésta, pero que la entidad le indicó que sus aportes se encontraban en Colfondos S.A., pese a que él nunca había autorizado el traslado de los mismos a dicha A.F.P., ni a ninguna otra; que las demandadas no cumplieron con su obligación legal de suministrarle una información clara, precisa, y completa de cada uno de los régimenes; que su mesada pensional en el R.A.I.S., sería significativamente inferior a la que recibiría en el R.P.M., y que el hecho de que Colpensiones hubiese efectuado el traslado de sus aportes a Colfondos S.A., sin que mediara su autorización, generó un vicio del consentimiento, pues no hubo una decisión libre y voluntaria por parte de él para trasladarse de régimen.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Previa subsanación, la demanda se admitió el 10 de diciembre de 2020, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.° 27).

La **Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones**, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la actora. En su defensa, propuso las excepciones de inoponibilidad de la responsabilidad de la A.F.P. ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema - Acto Legislativo n.° 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, y prescripción (CD. f.° 47).

Colfondos S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demandante. Alegó en su favor, las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, y buena fe (CD. f.° 47).

La **Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado**, guardó silencio (f.° 39).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia de 8 de abril de 2021, declaró la ineficacia de la afiliación o traslado del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Colfondos S.A.; condenó a dicha A.F.P., a devolver o trasladar a Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante Guillermo Triana Serpa, como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e interese, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la

posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por la administración, ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia del traslado de régimen pensional; declaró que el actor, para efectos pensionales, se encuentra afiliado al régimen de prima media con prestación definida, administrado por Colpensiones; absolvió a Colpensiones de las pretensiones restantes de la demanda, y declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas (f.° 44 - 45).

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

COLPENSIONES, solicitó que fuera revocada la sentencia en su totalidad. Manifestó, que en el traslado del demandante no se evidenciaron vicios del consentimiento o dolo, como quiera que este no contaba con una expectativa legítima, pues al momento de trasladarse tenía tan solo 286.43 semanas cotizadas, esto es, menos de las 750 semanas requeridas, aunado a que le faltaban mas de 25 años para pensionarse.

Esgrimió, que no se acreditó que la A.F.P. hubiese suministrado al actor información falsa o equivocada, máxime si se tenía en cuenta que para el año 1996, fecha en la que el actor se trasladó de régimen, la misma solo tenía la obligación de brindar información relacionada con las condiciones de la afiliación.

Indicó, que el demandante se encontraba inmerso en la prohibición de trasladarse de régimen, establecida en la Ley 797 de 2003, y que al no ser beneficiario del régimen de transición, no le eran aplicables las sentencias de unificación de la Corte Constitucional.

Arguyó, que el actor no era un afiliado lego, por cuanto en su interrogatorio de parte admitió ser profesional del derecho, por lo que no carecía de capacidad para ilustrarse y asesorarse mejor respecto de su traslado de régimen.

Finalmente, señaló que lo que realmente hubo fue falta de interés por parte del actor de informarse sobre al R.A.I.S., lo que se evidencia con su decisión de permanecer afiliado a dicho régimen por mas de 24 años.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, atendiendo la nueva conformación de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, procedió a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

Lo anterior, atendiendo lo expuesto en las sentencias de tutela n.° CSJ STL, 13 de may. 2020 rad. 59412, y CSJ STL3716-2020, así como también, a la postura del Honorable Magistrado, Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia CSJ STL8125-2020, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, en virtud de los cuales he venido acatando la orden allí impartida, y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar la procedencia de declarar o no, la ineficacia del traslado de régimen pensional de la aquí demandante, por falta de información suficiente por parte de las administradoras demandadas.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: ***i)*** el demandante nació el 21 de abril de 1955 (Exp. administrativo, CD. f.° 47); ***ii)*** que se afilió al extinto Instituto de Seguros Sociales, el 28 de abril de 1986 (CD. f.° 11); ***iii)*** que cotizó al extinto I.S.S., desde el 24 de marzo de 1988 hasta el 31 de octubre de 1996, un total de 243.66 semanas (Exp. administrativo, CD. f.° 47); ***iii)*** y que a partir el 1.° de noviembre de 1997, a la fecha, sus aportes aparecen registrados en la A.F.P. Colfondos S.A., donde actualmente se encuentra vinculado con un total de 1434.76 semanas, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral, actualizada al 13 de enero de 2020, obrante en el CD del f.° 11 del expediente.

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

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

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

El inciso 1.° del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por

primera vez se trasladaran del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, que deberían entregar una comunicación escrita, donde constara que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, y el inciso 7.° del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera 'preimpresa' en el formulario de vinculación, de que la decisión que está tomando el afiliado es libre, espontánea y sin presiones, norma esta, que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

Así las cosas, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Al respecto, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989; reiterada en la CSJ SL, 6 dic. 2011, rad. 31314, dijo:

> *"Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.*
>
> *Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.*
>
> *La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento."

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

Estos criterios, fueron expuestos en la mentada sentencia de tutela CSJ STL8125-2020, M.P. Doctor Omar Ángel Mejía Amador, la cual, como en precedencia se dijo, llevó a cambiar el criterio que venía sosteniendo el suscrito frente al tema de las nulidades e ineficacias de traslado de régimen pensional.

En dicha acción constitucional, se adujo:

"En este fallo (CSJ SL4426-2019), la Sala precisó que, tratándose de procesos de ineficacia de traslado de régimen pensional, es a la administradora de fondos a la que incumbe demostrar que ha cumplido con sus afiliados el deber de información antes aludido, el cual comprende una descripción de las características de cada uno de los regímenes pensionales en un lenguaje comprensible y de fácil acceso para el afiliado."

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

corresponde al fondo de pensiones, sin que haga alguna diferencia si la afiliada era o no beneficiaria del régimen de transición, o tenía una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se tiene que el demandante, desde el 1.° de noviembre de 1996, ha efectuado sus aportes en el régimen de ahorro individual con solidaridad, administrado por COLFONDOS S.A., conforme a la historia laboral obrante en el f.° 11 del expediente, por cuanto no hay constancia alguna de que el actor haya suscrito o firmado el formulario de afiliación y traslado a dicho fondo, debido a que el mismo no fue aportado al proceso por ninguna de las partes, pese a ser la obligación de la A.F.P. demandada, conserva la documentación soporte del traslado que realizó el actor.

Igualmente, se observa que COLFODOS S.A., tampoco logró acreditar que hubiese suministrado al demandante una información completa y compresible respecto del traslado de régimen, pues únicamente aportó como pruebas, su certificado de existencia y representación legal, y los documentos de identificación de su apoderado, y pese a que el interrogatorio de parte del actor, fue decretado como prueba en su favor, este únicamente se limitó a afirmar que no recordaba haberse trasladado de régimen, ni haber firmado un documento en el que autorizara su afiliación a dicha A.F.P.

Pese a lo anterior, COLFONDOS S.A., afirmó en la contestación a la demanda que el traslado efectuado por el actor estuvo exento de vicios de consentimiento, sobre lo cual resulta menester precisar lo siguiente:

"la reacción el ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/ 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, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

Por lo expuesto, 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.

(...) Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos."[1]

Posición esta, que fue replicada en la pluricitada sentencia de tutela CSJ STL 8125-2020, con lo que no es posible aplicar dicho argumento, así como tampoco aquel refcrente a la ratificación del acto por traslado entre administradoras de fondos de pensiones.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la A.F.P. accionada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

[1] CSJ SL 1688-2019, 8 may. 2019, rad. 68838

Ahora bien, debe anotarse, frente a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual del actor, entre ellos, cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, debe decirse, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL1421-2019, 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."*

Así mismo, en sentencia CSJ SL638-2020, indicó:

> *"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 ello, al tenerse como nunca realizado el traslado, debe la demandada COLFONDOS S.A. devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, entre ellos, cotizaciones, rendimientos y gastos de administración, pues dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social.

Respecto de la excepción de prescripción, la mentada Colegiatura ha dicho que la acción de ineficacia de traslado pensión 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"[2], por lo que resulta acertada la decisión del juzgador de primera instancia.

Por todo lo anteriormente expuesto, las anteriores consideraciones a juicio de la Sala resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del aquí demandante, efectuado el día 1.° de noviembre de 1996, cuando se efectuó su traslado del régimen de prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS S.A., conforme a las historias laborales expedidas por ambas administradoras de pensiones (Exp. administrativo, CD. f.° 47, y CD. f.° 11), por lo que, COLFONDOS S.A., administradora a la cual se encuentra actualmente afiliado, deberá trasladar a COLPENSIONES todos los aportes, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración que posea la demandante en su cuenta. En consecuencia, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 8 de abril de 2021, por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

---

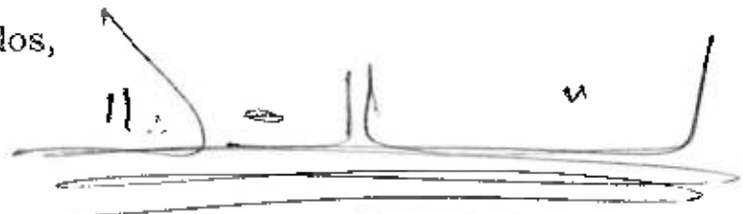
[2] CSJ SL1688-2019.

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

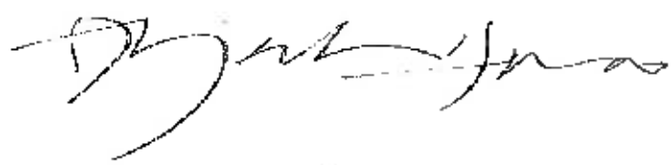
TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO,** atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **ESTEBAN CÉSPEDES ALVARADO** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES,** y **COLFONDOS S.A.**

EXP. 11001 31 05 **034 2019 00395** 01.

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.° 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, respecto de la sentencia proferida el 13 de mayo de 2021, por el Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, que se declare que COLFONDOS S.A., incumplió su deber legal de información, lo que vició su consentimiento por error de hecho, al momento de realizar la afiliación al R.A.I.S., por lo que esta debe declararse nula y que se encuentra válidamente afiliado al R.P.M.P.D.; en consecuencia, se condene a COLFONDOS S.A., a registrar en su sistema, la nulidad de la afiliación, y trasladar a COLPENSIONES, todo el capital existente en su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos; así como también, condenar a COLPENSIONES a recibirlo, activar su afiliación y reconocerle la pensión que se cause en un futuro (pág. 86 archivo n.° 01.1).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 27 de junio de 1959; realizó aportes en el extinto I.S.S., desde agosto de 1987 hasta diciembre de 2000; se trasladó a COLFONDOS S.A., el 20 de diciembre de 2000, donde actualmente se encuentra afiliado, sin embargo, al momento de su afiliación, no fue informado en forma clara y detallada acerca de la naturaleza, características y condiciones propias del R.A.I.S., tampoco se le dio a conocer una proyección pensional o un comparativo del monto que recibiría de uno u otro régimen, sin que se le indicarán los requisitos para acceder a la pensión en el R.A.I.S., pese a conocer detalladamente sus antecedentes laborales y salariales.

Agregó, que no le informaron las desventajas de pertenecer al R.A.I.S., ni la posibilidad de su derecho de retracto o de devolverse al R.P.M.P.D., solo se enteró de tales aspectos hasta el mes de abril de 2019, cuando solicitó una asesoría en forma privada, motivo por el que el 24 de abril de 2019, solicitó a las demandadas anular su

afiliación, pero la petición fue negada por COLFONDOS S.A.,el 23 de mayo siguiente, sin obtener respuesta alguna por parte de COLPENSIONES (pág. 83-86 archivo *ídem*).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 17 de julio de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (pág. 103 archivo n.° 01.1).

COLFONDOS S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones y en su defensa propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, falta de causa y objeto, pago, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación, prescripción de la acción para solicitar la nulidad, y compensación (pág. 151-170 archivo *ídem*).

COLPENSIONES, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones y en su defensa propuso como excepciones las de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público (pág. 186- archivo *ídem*).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (pág. 181, 182 archivo *ibídem*).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 13 de mayo de 2021, declaró "la nulidad del traslado" del

demandante, realizado el 20 de diciembre de 2000 al R.A.I.S. través de la afiliación a COLFONDOS S.A.; en consecuencia ordenó a esta A.F.P., reintegrar a COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos, intereses y rendimientos causados; a su vez, condenó a COLPENSIONES a recibir todos los valores reintegrados y tenerlos como semanas efectivamente cotizadas; absolvió a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra; declaró no probadas las excepciones formuladas por estas y condenó en costas a COLFONDOS S.A. (archivos n.° 12, 13).

IV.RECURSOS DE APELACIÓN

COLFONDOS S.A., argumentó que no es viable efectuar la devolución de las sumas adicionales de las aseguradoras, por cuanto ese descuento fue descontado por mandato legal, pues sirvieron para contratar la aseguradora para cubrir los riesgos de sobrevivientes e invalidez, por lo que tales dineros nunca ingresaron a la cuenta de ahorro individual del demandante, quien durante el tiempo que ha estado afiliado a dicha entidad ha estado cubierto con esas contingencias, de conformidad con el artículo 7.° de la Ley 797 de 2003, por lo que considera que se acceder a tal orden, COLPENSIONES se estaría lucrando de unos dineros que no ha trabajado, aunado a que los aportes que se deben trasladar, ya cuentan con los respectivos rendimientos financieros, que entran al fondo común en el que se benefician todos los afiliados del R.P.M.P.D.

COLPENSIONES, apeló con el argumento de que el demandante se trasladó en forma libre y voluntaria al R.A.I.S., haciendo uso de su derecho a la libre escogencia de régimen pensional, con base en el diligenciamiento del formulario respectivo al tenor de lo dispuesto en

el artículo 11 del Decreto 692 de 1994; aunado a que es necesario tener en cuenta que de conformidad con el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establece que el afiliado no puede trasladarse de régimen cuando le falten menos de 10 años para cumplir la edad exigida para obtener el derecho a la pensión de vejez, de manera que el demandante no puede hacer uso de esa prerrogativa, y en todo caso, la ignorancia de la ley no sirve de excusa y el error sobre un punto de derecho, no vicia el consentimiento como para anular un negocio jurídico. Adicionó, que no se puede poner en riesgo la sostenibilidad financiera del sistema pensional, pues el demandante durante 20 años no ha efectuado aportes al R.P.M.P.D. que ayuden a financiar las pensiones que otorga el sistema.

V.ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, atendiendo la nueva conformación de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, procedió a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

Lo anterior, atendiendo lo expuesto en las sentencias de tutela n.° CSJ STL, 13 de may. 2020 rad. 59412, y CSJ STL3716-2020, así como también, a la postura del Honorable Magistrado, Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia CSJ STL8125-2020, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, en virtud de los cuales he venido acatando la orden allí impartida, y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar la procedencia de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional del aquí demandante, por falta de información suficiente por parte de las administradoras demandadas. Así como también, si hay lugar o no, a la devolución de los rendimientos y gastos de administración a COLPENSIONES.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: ***i)*** el demandante nació el 27 de junio de 1959 (pág. 6 archivo n.° 01.1); ***ii)*** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 26 de agosto de 1987 hasta el 31 de diciembre de 2000, 577.71 semanas (archivo n.° 01.3.1); ***iii)*** que el 20 de diciembre de 2000, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. COLFONDOS S.A., con fecha de efectividad desde 1° de febrero de 2001 (pág. 32, 171, 172 archivo n.° 01.1), donde actualmente se encuentra vinculado con un total de 1511.14 semanas cotizadas, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa en las páginas 7 a 12 del citado archivo del expediente digital.

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

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

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

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

Así las cosas, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Al respecto, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989; reiterada en la CSJ SL, 6 dic. 2011, rad. 31314, dijo:

> *"Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.*

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

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

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

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

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

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

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

que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

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

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

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

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

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

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

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

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

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

Estos criterios, fueron expuestos en la mentada sentencia de tutela CSJ STL8125-2020, M.P. Doctor Omar Ángel Mejía Amador, la cual, como en precedencia se dijo, llevó a cambiar el criterio que venía sosteniendo el suscrito frente al tema de las nulidades e ineficacias de traslado de régimen pensional.

En dicha acción constitucional, se adujo:

"En este fallo (CSJ SL4426-2019), la Sala precisó que, tratándose de procesos de ineficacia de traslado de régimen pensional, es a la administradora de fondos a la que incumbe demostrar que ha cumplido con sus afiliados el deber de información antes aludido, el cual comprende una descripción de las características de cada uno de los regímenes pensionales en un lenguaje comprensible y de fácil acceso para el afiliado."

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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, el demandante, el 20 de diciembre de 2000, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS S.A., conforme el formulario de afiliación y traslado allegado al proceso, visible en las páginas 32, 171, 172 del archivo n.° 01.1del expediente digital, el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

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

Y en la acción de tutela, arriba citada, la cual llevó a cambiar el criterio de este Magistrado Sustanciador, se dijo:

> *"La Sala de Casación Laboral de esta Corte ha establecido que de la simple suscripción del formulario de afiliación no puede deducirse el cumplimiento del deber de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, de conformidad con lo previsto en el artículo 97 del Decreto 633 de 1993, contentivo del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Precisamente, en la sentencia CSJ SL4426-2019, expresó:*
>
> *De otra, porque la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)"*[1]

Ahora bien, en lo que respecta a la falta de vicios en el consentimiento en el negocio celebrado entre el actor y el fondo de pensiones, es menester precisar que:

> *"la reacción el ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) 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, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.*
>
> *Por lo expuesto, 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.*
>
> *(...) Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual*

[1] CSJ STL 8125-2020.

que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos."[2]

Posición esta, que fue replicada en la pluricitada sentencia de tutela CSJ STL 8125-2020, con lo que no es posible aplicar dicho argumento, así como tampoco aquel referente a la ratificación del acto por traslado entre administradoras de fondos de pensiones.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de las A.F.P. accionadas que hubiesen suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Ahora bien, debe anotarse, frente a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual del actor, entre ellos, cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, debe decirse, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL1421-2019, 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."

[2] CSJ SL 1688-2019, 8 may. 2019, rad. 68838

Así mismo, en sentencia CSJ SL638-2020, indicó:

> *"Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de el 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 ello, al tenerse como nunca realizado el traslado, debe la demandada COLFONDOS S.A. devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, entre ellos, cotizaciones, rendimientos y gastos de administración, pues dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social.

Respecto de la excepción de prescripción, la mentada Colegiatura ha dicho que la acción de ineficacia de traslado pensión 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»*[3], por lo que resulta acertada la decisión de la juzgadora de primera instancia.

Por todo lo anteriormente expuesto, las anteriores consideraciones a juicio de la Sala resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el demandante el 20 de diciembre de 2000, cuando se trasladó del régimen de prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado

[3] CSJ SL1688-2019.

allegado al proceso (pág. 32, 171, 172 archivo n.° 01.1), por lo que, COLFONDOS S.A., administradora a la cual se encuentra actualmente afiliado, deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los aportes, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración que posea el demandante en su cuenta. En consecuencia, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

RESUELVE:

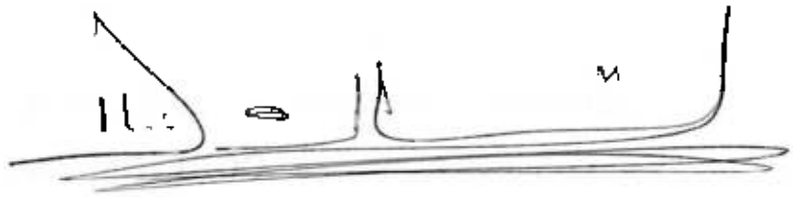
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 13 de mayo de 2021, por el Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

[*] Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:
https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EqHupWSkWRlPkuj-24oiObABpwd7sPWunEuyPADYRZ4-Og?e=WbNngh

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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **JESSICA HASLEIDY CIFUENTES CRISTIANO** contra **MIDACOB LTDA, MILLER SAAVEDRA LAVAO Y MILLER DAVID SAAVEDRA GARCÍA.**

EXP. 11001 31 05 **035 2015 00769 05**

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.° 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por las partes, contra la sentencia proferida el 26 de enero de 2021, por el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declarara la existencia de un contrato de trabajo desde el día 6 de octubre de 2013 hasta el 15 de abril de 2014, el cual fue culminado unilateralmente por parte de la demandada.

Consecuencialmente, que se condene a pagarle los siguientes conceptos: vacaciones, salario del 1 al 15 de abril de 2014, bonificación por efectividad de cobro, cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicio, aportes a la seguridad social integral, subsidio de transporte, e indemnizaciones de que tratan los artículos 99 de la Ley 50 de 1990 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo; así mismo, lo que resulte probado Ultra y Extra Petita, costas y agencias en derecho y se ordene la indexación de las sumas adeudadas.

Como sustento de sus pretensiones, declaró que prestó sus servicios a la empresa MIDACOB LTDA., en el cargo de asesora de cobro desde el 6 de octubre de 2013, devengando un salario de $900.000; manifestó, que sus funciones consistían en el cobro telefónico de cartera de los clientes a la demandada, que su horario de trabajo era de 7:00 am a 6:00 pm de lunes a viernes, y sábado de 8:00 am a 5:00 pm, y únicamente los domingos de 8:00 am a 5:00 pm, cuando se realizaban los cobros extraordinarios de cartera, y que su jefe directo era la señora AMANDA ARIZA LAGOS.

Adujo, que el 15 de abril de 2014, su contrato terminó de manera unilateral por problemas de salud los cuales padecía la demandante, y que la demandada no ha cancelado los aportes a

seguridad social (expediente digital - archivo cuaderno 1 y 2 pagina 43-45).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Se admitió la demanda el 25 de septiembre de 2015, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (expediente digital).

El demandado Sr. **MILLER SAAVEDRA LAVAO,** tuvo por no contestada la demanda al no subsanar las irregularidades expuestas en ella (archivo, cuaderno 3.°, pág. 197).

El señor **MILLER DAVID SAAVEDRA GARCÍA,** a través de curador ad-litem contestó la demanda, manifestó que no le constan los hechos estipulados en ella, y solicitó que se decreten y se corroboren las pruebas solicitadas, así como las pretensiones; no propuso excepciones.

La demandada **MIDACOB LTD;** guardó silencio.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia de 26 de enero de 2021, condenó a la demandada MIDACOB LTDA., al pago de los siguientes conceptos: salario $450.000, comisiones $100.000, cesantías e intereses a las cesantías $490.209, prima de servicios $475.000, vacaciones $237.500 debidamente indexada, auxilio de transporte $451.750, sanción por la no consignación de las cesantías al fondo $1.830.000, e indemnización moratoria $30.000 por día a partir del 16 de abril de 2014, por 24 meses, y

a partir del primer día del mes 25 los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos.

Absolvió a la demandada MIDACOB LTDA., de las demás pretensiones incoadas en su contra, como a los demandados MILLER SAAVEDRA LAVAO y MILLER DAVID SAAVEDRA GARCÍA; condenó en costas a la parte demandada en la suma de $2.000.000, señaló como gastos del auxiliar de la justicia la suma de un SMLMV a cargo de la demandante, y a favor del curador JUAN PABLO ARAUJO.

Consideró, que el problema jurídico a resolver consistía en establecer si entre las partes existió un contrato de trabajo, y de ser así si la demandada debía ser condenada al pago de los emolumentos solicitados, e indemnizaciones solicitadas en la demanda por despido injusto.

Manifestó, que con las pruebas aportadas al proceso, se pudo demostrar la existencia de una prestación, de la cual surge el contrato de trabajo entre las partes, mismas que no fueron desvirtuadas por la demandada, al no contestar la demanda ni proponer excepciones. Así mismo, no condenó a los señores MILLER SAAVEDRA LAVAO Y MILLER DAVID SAAVEDRA GARCÍA, debido a que no existió hecho, ni pretensión alguna donde se solicitara la condena de ellos.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de la parte **DEMANDANTE,** interpuso recurso de apelación donde argumentó que no está de acuerdo con los gastos del auxiliar de la justicia los cuales debe sufragar, teniendo en cuenta que para la actora estos son gratuitos,

también manifestó su inconformidad sobre la absolución de los demandados señores MILLER SAAVEDRA LAVAO Y MILLER DAVID SAAVEDRA GARCÍA, ya que considera que estos si fueron vinculados en la demanda y son solidariamente responsables de las condenas impuestas, por lo que deben responder también por las acreencias laborales de la señora JESSICA HASLEIDY CIFUENTES CRISTIANO.

El apoderado de la parte demandada **MIDACOB LTDA.,** por su parte, sustentó recurso de apelación, basándose en la prestación del servicio de la demandante, refiriéndose a que este no existió, y que no fueron valoradas las pruebas aportadas referente a la declaración que rindió la testigo PAULA BAUTISTA en diligencia de fecha 8 de mayo de 2018, la cual fue declara nula en su totalidad, considerando que las pruebas no son objeto de nulidad.

V. CONSIDERACIONES

Para decidir la apelación interpuesta por las partes, el tribunal tendrá en cuenta las previsiones del artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, según el cual, la sentencia de segunda instancia y la decisión sobre los autos apelados, deberán estar en consonancia con las materias objeto de la apelación, lo cual le impone un límite a la competencia del tribunal, ya que no puede ir más allá de las inconformidades expuestas por las recurrentes. En este orden, la sala tendrá como problemas jurídicos los siguientes:

I) Determinar si existió o no, un contrato de trabajo entre la Señora JESSICA HASLEYDI CIFUENTS CRISTIANO y MIDACOB LTDA, ***II)*** si se debe o no, tener en cuenta el primer testimonio

rendido por la testigo PAULA BAUSITA ***III)*** si se debe condenar solidariamente o no, a los demandados MILLER SAAVEDRA LAVAO y MILLER DAVID SAAVEDRA GARCÍA ***IV)*** si se debe o no, tasar los gastos de auxiliar de la justicia al curador ad litem.

Para resolver el primer problema jurídico planteado, se debe verificar si este vínculo existió entre las partes, determinar si los elementos esenciales del contrato de trabajo previstos en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 1.° de la Ley 50 de 1990, que son la actividad personal del trabajador, la continuada subordinación o dependencia respecto del empleador y el salario como retribución del servicio.

Así mismo, se debe tener en cuenta la presunción legal prevista en el artículo 24 ibídem, modificado por el artículo 2.° de la Ley 50 de 1990, respecto a que toda relación de trabajo personal se encuentra regida por un contrato de trabajo, correspondiéndole simplemente a quien alega su existencia, acreditar la prestación del servicio personal y, quien resiste la pretensión, debe derruir la presunción, desvirtuándose así la existencia de los demás elementos esenciales del contrato de trabajo, y acreditando los elementos de una relación de naturaleza jurídica distinta (CSJ SL10546-2014, SL10118-2015, y SL1420-2018).

En el presente caso, se tiene como prueba, la documental aportada al proceso, tal como la certificación expedida por la Señora AMANDA ARIZA, la cual no fue tachada de falsa ni mucho menos desvirtuada por la contraparte. Es de anotar, que según la testigo afirmó haber dado dicha certificación, convirtiéndose en prueba contundente de la existencia de una relación laboral.

También, en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante en la cual declara que anterior a dicha certificación, nunca firmó contrato de ninguna naturaleza con la demandada donde quedara pactado si era o no un contrato de prestación de servicios, ya que según su intervención, dijo que si cumplía un horario estipulado por la demandada, que ella misma le impartía ordenes, y recibía un salario de $900.000 mensual. Por lo tanto, para esta Sala de decisión, resulta valido aclarar que si se cumplieron los elementos esenciales del contrato de trabajo.

En cuanto al segundo problema jurídico, es de anotar, que en diligencias anteriores si bien fue declarada una nulidad de todo lo actuado, conservando la validez de todas las pruebas aportadas al expediente, considera esta sala de decisión, que con las documentales aportadas (certificaciones firmadas por la señora AMANDA ARIZA y demás), se tiene por comprobado la existencia del contrato de trabajo; así como también, la declaración de la señora PAULA BAUTISTA, el cual fue tachado de falso, y que fue desvirtuado por el juez de primera instancia, al tener en cuenta el pleno convencimiento y libre apreciación de las mismas (artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo), por tal motivo, la testigo en sus dos declaraciones; la primera, en audiencia de fecha 8 de mayo de 2018, y la segunda, el 26 de enero de 2021, arguyó dicha existencia y subordinación, dejándose totalmente de presente, que también fue trabajadora de la demandada, devengando el mismo salario que la demandante, y cumpliendo los mismos horarios de la recurrente por ostentar el mismo cargo. Por lo tanto, sobre estos puntos, habrá de confirmarse la sentencia apelada.

Por otra parte, en lo referente al punto de controversia sobre la solidaridad de las condenas a los demandados MILLER

SAAVEDRA LAVAO y MILLER DAVID SAAVEDRA GARCÍA, en referencia con la empresa MIDACOB LTDA., se tiene que es relevante señalar, que tal como lo ha explicado la Corporación de Cierre de esta Jurisdicción, la solidaridad prevista en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, entre el contratista y quien se beneficia de su labor, se presenta cuando aquellas actividades prestadas son normales o corrientes a la desarrolladas por quien encargó su ejecución, es decir, que cubren una necesidad esencial, inherente e indispensable, ligada directamente con su objeto social o actividad económica y con la ordinaria explotación o cumplimiento del negocio (CSJ SL611-2018, CSJ SL14692-2017, CSJ SL4400-2014 y CSJ SL 34893, 21 scp. 2010).

Igualmente, se ha referido que para determinarla, resulta imperioso analizar no solo el objeto social del beneficiario del trabajo o dueño de la obra y del contratista independiente, sino además las labores desarrolladas por el trabajador. Esto, se predica de la relación que surge entre el beneficiario del trabajo o el dueño de la obra, respecto de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aun en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de los subcontratistas.

Siguiendo los parámetros citados, y revisado el plenario, encuentra esta sala de decisión, que no es viable predicar la solidaridad, toda vez que al revisar la demanda y las pretensiones de condena; el apoderado de la parte actora, jamás solicitó que se produjera una condena solidaria en contra de los demandados MILLER SAAVEDRA LAVAO y MILLER DAVID SAAVEDRA GARCÍA, situación esta, que se torna inane en los fines de la presente sentencia, ya que no se pueden traer hechos

y pretensiones nuevas dentro del recurso de apelación, los cuales no fueron pedidos desde la demanda inicial, por cuanto se estaría vulnerando el derecho de defensa y de debido proceso a las partes en conflicto. Por lo anterior, se confirmará la sentencia de primera instancia, en torno a este punto de controversia.

Finalmente, en lo relacionado con los gastos del auxiliar de la justicia al curador Ad litem, es deber hacer referencia a la sentencia C-083 de 2014:

3.1.1. La Corte consideró que la norma era exequible, por cuanto la demanda confundía dos aspectos diferentes: los honorarios por la labor realizada, y los costos que se debía ocasionalmente asumir durante el proceso. Dijo la Corte al respecto,

> *"[…] es necesario distinguir […] entre los honorarios que se pagan al curador ad litem y los gastos que puede generar el proceso: unos corresponden a la remuneración que merecen los servicios prestados por el auxiliar de la justicia, y le deben ser reconocidos en cuanto su actividad es una forma de trabajo que, al igual que todas las modalidades del mismo, goza de especial protección constitucional; los otros se causan a medida que el proceso transcurre y no buscan recompensar la labor del curador sino que se destinan a sufragar por muy diversos conceptos los elementos indispensables para que el juicio se lleve a cabo. Son costos provenientes de causas no imputables a la administración de justicia en sí misma-que es gratuita-y que deben atenderse necesariamente por el interesado. ||*
>
> *Tales gastos pueden y deben ser autorizados durante el desarrollo del proceso por el respectivo juez, limitándolos-eso sí-a las sumas estrictamente indispensables para el cometido que se busca. En cambio, la regulación judicial del monto de los honorarios causados por la gestión del curador* ***ad litem*** *guarda relación específica con la duración e intensidad de aquélla, que no puede medirse a cabalidad sino cuando concluya.*
>
> *El juez, empero, puede señalar sumas destinadas a costear lo urgente y necesario en el curso del proceso: tales cantidades le son entregadas a la persona para el exclusivo fin de atender los gastos procesales, no se confunden con los honorarios que le corresponden y su cuantía y utilización deben aparecer acreditados y estar justificados con detalle ante el Despacho judicial por el curador, en cumplimiento de un requisito apenas natural que en nada conspira contra la presunción de buena fe de quien rinde la cuenta ni vulnera por tanto el artículo 83 de la Constitución. || Y esto resulta apenas lógico, pues de antemano no puede saberse cuánto tiempo va a durar*

la intervención del curador ni hasta dónde va a llegar su actuación. Bien puede suceder que, al poco tiempo de iniciado el proceso, comparezca directamente el interesado, haciéndose inoficiosa la representación; que el proceso termine anticipadamente; o que, por la materia objeto de trámite y análisis judicial, se extienda en el tiempo, factores que no pueden medirse previamente ni con el mismo alcance para todos los procesos. Tampoco se sabe, al comenzar el juicio, si el curador llevará la representación que se le confía hasta cuando aquél culmine.

Por todo lo dicho, no se revela irrazonable la norma legal y menos todavía se la puede tachar de contraria al mandato superior del debido proceso. || La forma de retribuir económicamente los servicios de los curadores ad litem no viola disposición constitucional alguna, ni entorpece la Administración de Justicia. En realidad, él puede cubrir los gastos del proceso con las sumas que fije el juez para tal efecto, y le es posible, al final del trámite procesal, recibir los honorarios correspondientes, sin perjuicio de que se le reconozcan también los dineros que haya tenido que cubrir de su propio peculio. Con todo ello no puede afirmarse que se están vulnerando los preceptos constitucionales a que alude el demandante."

En efecto, si bien el curador cumple una función social, que conlleva el hecho de ser abogado, la cual impone ciertas responsabilidades entre otras de aceptar y desempeñar las designaciones como defensor de oficio, labor esta, de la que solo podrá excusarse conforme al numeral 21 del artículo 28 de la Ley 1123 de 2007, la cual señala: *I. Se encuentre enfermo, II. Se evidencie una incompatibilidad de intereses, III. Sea servidor público, IV. Se demuestre estar actuando en más de 5 procesos, V. Exista una razón que incida negativamente en la defensa del imputado, VI. Se transgredan derechos fundamentales del designado.*; Es de anotar, que muy diferente son los gastos que pueda generar el proceso, los cuales se van causando a medida que el proceso transcurre tal y como sucedió en el presente caso, teniendo en cuenta que el Juez no buscó recompensar la labor de curador en su rol de defensor, sino que buscó atender los gastos procesales, por lo que se confirmará la sentencia en su totalidad.

Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión 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,

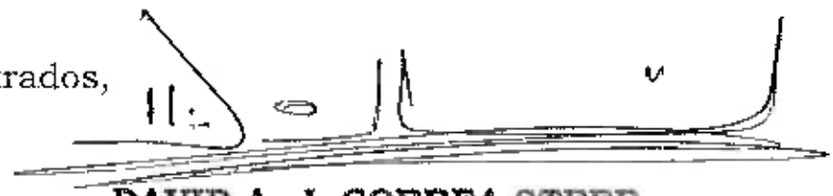
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 26 de enero de 2021, por el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo considerado en la parte motiva de esta providencia.

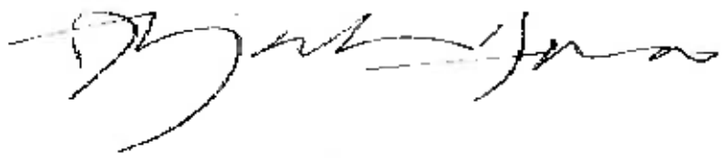
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

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

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **VIVIAN LIZBETH VEGA VANEGAS** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES,** y **PORVENIR S.A.**

EXP. 11001 31 05 **037 2019 00315** 01.

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.° 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, respecto de la sentencia proferida el 13 de mayo de 2021, por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declarara la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen efectuado por ella, el día 6 de marzo

de 2000, del Régimen de Prima Media, administrado por el extinto I.S.S., al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por la A.F.P Porvenir S.A., y que siempre estuvo afiliada al R.P.M. En consecuencia, que se ordenara el traslado de todos los aportes que realizó en Porvenir S.A., a Colpensiones.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 11 de julio de 1966; que realizó aportes en el extinto I.S.S., desde el 21 de noviembre de 1985 hasta el 28 de febrero de 2000, para un total de 346 semanas, y que el 6 de marzo de 2000, se trasladó a PORVENIR S.A., donde actualmente se encuentra afiliada, sin que dicha A.F.P., le hubiera brindado una información completa, integral, y veraz sobre las consecuencias de su traslado, por lo que su decisión de trasladarse de régimen, no fue informada, autónoma y consiente.

Agregó, que acredita un total de 1.287 semanas cotizadas en el Sistema General de Pensiones; que el 26 de septiembre de 2018, solicitó a Porvenir S.A., una proyección de su mesada pensional, la cual arrojó que el valor de ésta sería de $917.800 en el R.A.I.S.; que al efectuar dicha proyección en el R.P.M., constató que su mesada sería de $3.651.357, y que en la misma fecha radicó derecho de petición ante las demandadas, para solicitar la nulidad o ineficacia de su traslado, pero que este, le fue denegado por ambas administradoras de pensiones (f.° 4 - 11).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 31 de mayo de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.° 41).

La **Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones,** contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la actora. En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, e imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas (f.° 45 - 58).

Porvenir S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demandante. Alegó en su favor, 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 (f.° 89 - 111).

La **Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado**, guardó silencio (f.° 139).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 13 de mayo de 2021, declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante del R.P.M. al R.A.I.S., administrado por Porvenir S.A., que tuvo fecha de suscripción el 6 de marzo de 2000; condenó a la demandada, Porvenir S.A., 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 administración; condenó a Colpensiones a admitir el traslado de régimen pensional de la actora, y aceptar los valores que remita Porvenir S.A.; declaró no probadas las excepciones propuestas, y condenó en costas a Porvenir S.A.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

COLPENSIONES, solicitó que fuera revocada la sentencia en su

totalidad. Esgrimió, que conforme a lo dispuesto en el artículo 167 del Código General del Proceso, a la parte actora le correspondía comprobar los supuestos fácticos de la demanda, lo que no sucedió en el presente caso, pues no se demostró que haya habido falta de diligencia por parte de Porvenir S.A., respecto del deber de información, ni tampoco constreñimiento alguno para que ella se afiliara al R.A.I.S.

Señaló, que con el interrogatorio de parte de la demandante, se evidenció que esta si tenía conocimiento del R.A.I.S., pues sabía que en este régimen, el monto de su pensión dependería de lo ahorrado en su cuenta individual, y su expectativa de vida.

Indicó, que la actora, al diligenciar el formulario de afiliación de Porvenir S.A., asintió en lo allí estipulado, situación esta, que demostraba que ella, no solo tuvo una fuente de información verbal, sino también escrita para efectuar el traslado de régimen.

Sostuvo, que con el presente proceso la actora buscaba beneficiarse de su falta de diligencia, pues durante los 19 años que estuvo afiliada al R.A.I.S., no se acercó ni a las oficinas de Colpensiones, ni de Porvenir, para verificar la información que le fue suministrada, y que era claro que la inconformidad de ella únicamente versaba sobre el valor de la mesada pensional que le correspondería en el R.A.I.S.

Rogó, que se tuviera en cuenta el equilibrio financiero del sistema pensional, contemplado en el artículo 48 de la Constitución Política, como quiera que asumir la pensión de la actora, significaría un detrimento patrimonial para Colpensiones.

Finalmente, solicitó que de no ser revocada la sentencia en su totalidad, fuera absuelta de la condenada en costas.

PORVENIR S.A., sostuvo que si cumplió con el deber de información, tal y como estaba regulado al momento del traslado de la actora en el año 2000, por lo que ahora no se le podía exigir el cumplimiento de directrices respecto del mismo, que fueron impuestas mucho después.

Manifestó, que el deber de información era de doble vía, como quiera que no podía exonerarse a los afiliados del deber de concurrir suficientemente informados al acto de afiliación, lo que no ocurrió en el presente caso pues la actora jamás hizo uso de los medios de comunicación dispuestos por Porvenir S.A., para solucionar sus dudas o inquietudes, y que por este motivo, su afiliación a la A.F.P. tuvo plenos efectos jurídicos que actualmente no pueden desconocerse.

Arguyó, que se oponía a la condena de la devolución de los rendimientos de la cuenta de ahorro individual de la actora, pues la consecuencia de declarar la ineficacia sobre un acto, es entender que el mismo nunca nació a la jurídica, por lo que si las cosas se retrotraían a su estado anterior, debía entenderse que la A.F.P. jamás administró los recursos que obraban en dicha cuenta.

Igualmente, se opuso a la condena impuesta respecto de los gastos de administración, con el argumento de que la misma contravenía lo expuesto en el Código Civil, de las restituciones mutuas, pues la A.F.P estaba siendo obligada a devolver dineros que invirtió para mantener e incrementar el capital de la actora, aunado a que conforme al artículo 20 de la Ley 100 de 1993, los mismos tenían una destinación específica, que no es la de financiar la pensión de la demandante, por lo que su devolución a Colpensiones, implicaría un detrimento a su patrimonio.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, atendiendo la nueva conformación de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, procedió a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

Lo anterior, atendiendo lo expuesto en las sentencias de tutela n.° CSJ STL, 13 de may. 2020 rad. 59412, y CSJ STL3716-2020, así como también, a la postura del Honorable Magistrado, Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia CSJ STL8125-2020, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, en virtud de los cuales he venido acatando la orden allí impartida, y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar la procedencia de declarar o no, la ineficacia del traslado de régimen pensional de la aquí demandante, por falta de información suficiente por parte de las administradoras demandadas. Así como también, si hay lugar o no, a la devolución de los rendimientos y gastos de administración a COLPENSIONES.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: ***i)*** la demandante nació el 11 de julio de 1966 (f.° 4); ***ii)*** que cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales desde el 2 de marzo de 1989, hasta el

29 de febrero de 2000, 295.86 semanas (f.° 148); ***iii)*** y que el 6 de marzo de 2000, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A. (f.° 27 y 112) con fecha de efectividad desde el 1.° de mayo de 2000 (f.° 113), donde actualmente se encuentra vinculada con un total de 1287 semanas, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa de f.° 20 a f.° 25.

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

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

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

El inciso 1.° del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladaran del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, que deberían entregar una comunicación escrita, donde constara que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, y el inciso

7.° del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera 'preimpresa' en el formulario de vinculación, de que la decisión que está tomando el afiliado es libre, espontánea y sin presiones, norma esta, que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

Así las cosas, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Al respecto, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989; reiterada en la CSJ SL, 6 dic. 2011, rad. 31314, dijo:

> *"Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.*
>
> *Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.*
>
> *La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.*
>
> *La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*

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

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

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

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

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

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

"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios

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

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

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

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

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

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

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

Estos criterios, fueron expuestos en la mentada sentencia de tutela CSJ STL8125-2020, M.P. Doctor Omar Ángel Mejia Amador, la cual, como en precedencia se dijo, llevó a cambiar el criterio que venia sosteniendo el suscrito frente al tema de las nulidades e ineficacias de traslado de régimen pensional.

En dicha acción constitucional, se adujo:

"En este fallo (CSJ SL4426-2019), la Sala precisó que, tratándose de procesos de ineficacia de traslado de régimen pensional, es a la administradora de fondos a la que incumbe demostrar que ha cumplido con sus afiliados el deber de información antes aludido, el cual comprende una descripción de las características de cada uno de los regímenes pensionales en un lenguaje comprensible y de fácil acceso para el afiliado."

Así las cosas, conforme la jurisprudencia en cita, al alegarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al fondo de pensiones, sin que haga alguna diferencia si la afiliada era o no beneficiaria del régimen de transición, o tenia una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, la demandante, el 6 de marzo del 2000, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso, visible a f.° 27 y 112, el cual si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esta sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

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

Y en la acción de tutela, arriba citada, la cual llevó a cambiar el criterio de este Magistrado Sustanciador, se dijo:

> *"La Sala de Casación Laboral de esta Corte ha establecido que de la simple suscripción del formulario de afiliación no puede deducirse el cumplimiento del deber de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, de conformidad con lo previsto en el artículo 97 del Decreto 633 de 1993, contentivo del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Precisamente, en la sentencia CSJ SL4426-2019, expresó:*
>
> *De otra, porque la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)"*[1]

Ahora bien, en lo que respecta a la falta de vicios en el consentimiento en el negocio celebrado entre la actora y el fondo de pensiones, es menester precisar que:

---

[1] CSJ STL 8125-2020.

"la reacción el ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) 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, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

Por lo expuesto, 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.

(...) Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos."[2]

Posición esta, que fue replicada en la pluricitada sentencia de tutela CSJ STL 8125-2020, con lo que no es posible aplicar dicho argumento, así como tampoco aquel referente a la ratificación del acto por traslado entre administradoras de fondos de pensiones.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la A.F.P. accionada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la

[2] CSJ SL 1688-2019, 8 may. 2019, rad. 68838

celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Ahora bien, debe anotarse, frente a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual del actor, entre ellos, cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, debe decirse, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL1421-2019, 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."*

Así mismo, en sentencia CSJ SL638-2020, indicó:

> *"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 ello, al tenerse como nunca realizado el traslado, debe la demandada PORVENIR S.A. devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, entre ellos, cotizaciones, rendimientos y gastos de administración, pues dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social.

Respecto de la excepción de prescripción, la mentada Colegiatura ha dicho que la acción de ineficacia de traslado pensión 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»*"[3], por lo que resulta acertada la decisión del juzgador de primera instancia.

Por todo lo anteriormente expuesto, las anteriores consideraciones a juicio de la Sala resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la demandante el 6 de marzo de 2000, cuando se trasladó del régimen de prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (f. 27 y 112), por lo que, PORVENIR S.A., administradora a la cual se encuentra actualmente afiliada, deberá trasladar a Colpensiones todos los aportes, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración que posea la demandante en su cuenta. En consecuencia, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 13 de mayo de 2021, por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

---

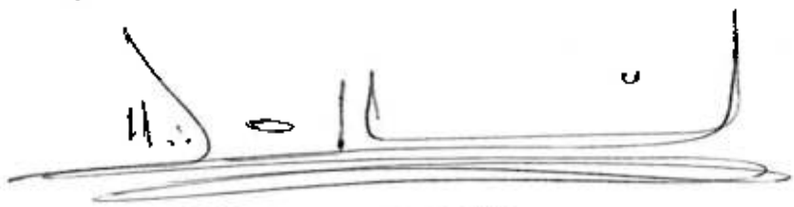
[3] CSJ SL1688-2019.

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

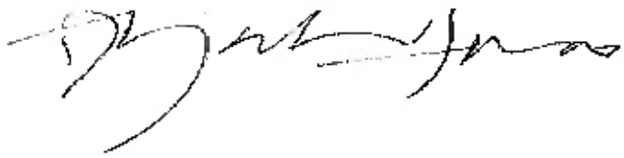
TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO,** atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **NORBERTO GUZMÁN FIERRO** en contra de **SEGURIDAD OLIMPICA LTDA.**

EXP. 11001 31 05 **038 2018 00565 01**

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.° 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandante, contra la sentencia proferida el 10 de febrero de 2021, por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, que se declare que entre las partes existió una relación laboral de forma ininterrumpida, en consecuencia, se condene al demandado al pago de las prestaciones

sociales derivadas del contrato; tales como: cesantías, intereses a las cesantías, pago de la sanción por no consignación de las cesantías, pago de prima de servicios, vacaciones, sanción por el no pago de las acreencias laborales, indexación de las sumas adeudadas, costas y agencias en derecho, y lo que resulte probado Extra y Ultra petita (f.° 2-5 expediente digital).

Como sustento fáctico de sus pretensiones, manifestó que inició a laborar con el demandado por medio de contrato por obra o labor el día 17 de febrero de 2017, desempeñándose en el cargo de GUARDIA DE SEGURIDAD; que realizo sus funciones por 11 meses donde devengaba un salario de $1.019.840; agregó, que el representante legal de la empresa le comunicó que su contrato se terminaría, y que por el mismo decidió presentar su renuncia (f. ° 6 expediente digital).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 18 de octubre de 2018, ordenándose la notificación y traslado al demandado (f. ° 20 expediente digital).

SEGURIDAD OLIMPICA LTDA, inicialmente fue citada para que se notificara personalmente, por medio de aviso; finalmente, fue notificada mediante emplazamiento, y estuvo representada a través de curador *ad litem* (f.° 59-64 expediente digital), para lo cual tuvo la oportunidad de contestar la demanda, en la que se opuso a las pretensiones de esta, donde manifestó que no acredita la relación de trabajo debido a que sus hechos en el escrito se contradicen, al aprcciar que su contrato inició el día 17 de febrero de 2017, y finaliza el 31 de diciembre de 2016.

Propuso como excepciones de mérito, las de prescripción, falta de causa, pago, buena fe, inexistencia de la obligación reclamada, compensación y la genérica (f. ° 67-68 expediente digital).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 10 de febrero de 2021, absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas, y no condenó en costas al demandante, tras considerar que el actor no logró acreditar la carga de la prueba, por lo que el Juez no tuvo certeza de los hechos que acontecieron.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la parte **DEMANDANTE,** interpuso recurso de apelación donde argumentó que se tuviera en cuenta las pruebas aportadas al proceso, y que la inasistencia de la parte demandada no sea motivo para negarle los derechos que tiene su representada; de esta manera, solicitó que sea revocado el fallo de primera instancia, y sea concedida las pretensiones de la demanda.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala verificará como problema jurídico, si se dan los elementos constitutivos de un contrato de trabajo entre las partes, para posteriormente establecer, si al actor le asiste derecho al reconocimiento y pago de los emolumentos reclamados.

Para determinar la naturaleza jurídica del vínculo que existió entre las partes, debe verificarse si concurren los elementos

esenciales del contrato de trabajo, previstos en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 1.° de la Ley 50 de 1990, que son la actividad personal del trabajador, la continuada subordinación o dependencia respecto del empleador y el salario como retribución del servicio, teniendo en cuenta la presunción legal prevista en el artículo 24 *ibídem*, modificado por el artículo 2.° de la Ley 50 de 1990, respecto a que toda relación de trabajo personal se encuentra regida por un contrato de trabajo, correspondiéndole simplemente a quien alega su existencia, contrario a lo alegado por la apelante, acreditar la prestación del servicio personal y, quien resiste la pretensión, debe derruir la presunción, desvirtuando la existencia de los demás elementos esenciales del contrato de trabajo, y acreditando los elementos de una relación de naturaleza jurídica distinta (CSJ SL10546-2014, SL10118-2015, y SL1420-2018).

Así, lo señaló la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral ente otras, en la sentencia. CSJ SL-2600-2018, donde dijo lo siguiente:

> *"Hay que subrayar, desde luego, que la obra o labor contratada debe ser un aspecto claro, bien delimitado e identificado en el convenio, o que incontestablemente se desprenda de «la naturaleza de la labor contratada», pues de lo contrario el vínculo se entenderá comprendido en la modalidad residual a término indefinido. En otras palabras, ante la ausencia de claridad frente a la obra o labor contratada, el contrato laboral se entiende suscrito a tiempo indeterminado".*

Así las cosas, es preciso señalar que, como es bien sabido y según el principio de la carga probatoria, corresponde a quien es demandado en calidad de empleador por incumplimiento de obligaciones a su cargo, contraprobar las omisiones que niega que, al no desvirtuar, se dan por ciertas. De igual forma, que los hechos

declarados que no tengan esta característica de negaciones indefinidas son susceptibles de probarse por quien los interpela y que al hacerlo asume tal carga, por lo cual deviene la lógica previsión legal, según la cual, las partes deben acreditar los supuestos de hecho de los efectos jurídicos que persiguen.

En este caso, la parte demandante con miras a probar la existencia del contrato de trabajo, presentó únicamente una certificación laboral donde se indica que laboró mediante contrato por obra o labor desde el 17 de febrero de 2017, devengando un salario de $1.109.840; no presentando más pruebas al expediente.

Por lo anterior, esta Sala encuentra que no existe suficiente material probatorio para declarar la existencia de un contrato de trabajo, pues si bien se presentó la certificación que reposa en el plenario, lo cierto es que esta no representa plena prueba para demostrar la existencia de la relación laboral, toda vez que no le basta al demandante afirmar la existencia del vínculo laboral, sino que debía acudir a su demostración, de conformidad con lo ya indicado, lo cual permite reafirmar a la Sala la conclusión a la cual ha arribado en este proceso, en cuanto a que en el mismo no alcanzaron demostración los hechos de la demanda.

Por lo tanto, no pueden deducirse las consecuencias que persigue la parte actora con su demanda; lo cual impide a esta Sala, estudiar la viabilidad de las súplicas deprecadas en razón a la falta de elementos probatorios, pues de conformidad con los principios generales del Derecho Probatorio, los cuales informan que toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al informativo, y que es a las partes a quienes les compete la carga de probar los supuestos de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen; es por

ello que en el Juicio Laboral, a la parte demandante le corresponde la carga de probar no solo la existencia de la relación contractual y los demás aspectos en que se dice existió la misma, al resultar necesarios para determinar el derecho que aduce le asiste, sino en general todos los aspectos en que se fundan las pretensiones.

Al confrontar esta Sala, la decisión adoptada por el Juez de primer grado con lo que reflejan los medios probatorios que se evacuaron en el curso del debate probatorio, se observa que la misma se ajusta en un todo a la realidad procesal, pues no existe en el plenario, elemento de convicción alguno de donde se pueda establecer de manera concreta que en efecto el demandante, estuvo ligado con la empresa SEGURIDAD OLIMPICA LTDA., en virtud de un contrato de trabajo y, se reitera menos aún, los extremos que se afirman, ni la remuneración percibida, situación que conduce a la decisión absolutoria que determinó el Juzgado en la sentencia apelada, por lo cual será confirmada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión 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,

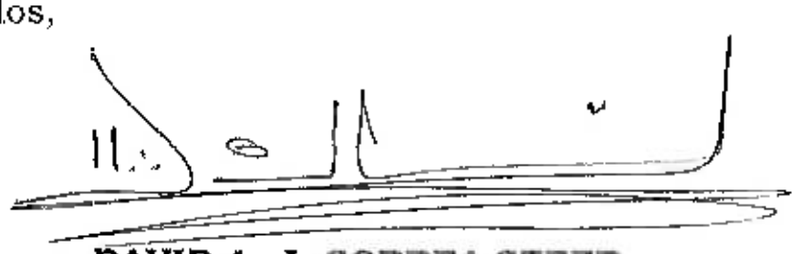
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia, proferida el 20 de enero de 2020, por el Juzgado 038 Laboral del Circuito de Bogotá, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

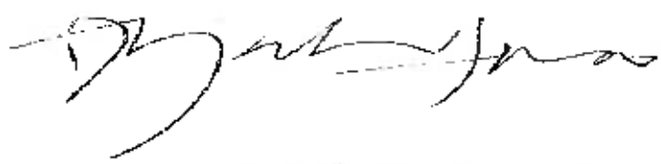
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **JACKELINE HERNÁNDEZ CASTELLANOS** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES,** y **PORVENIR S.A.**

EXP. 11001 31 05 **038 2020 00115 01**

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.° 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida el 14 de mayo de 2021, por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declarara la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por Porvenir S.A., efectuado por ella, en diciembre de 1998, y que siempre ha permanecido afiliada al Régimen de Prima Media con prestación Definida administrado por Colpensiones.

Consecuencialmente, que se condenara a Porvenir S.A., a trasladar de forma inmediata todos los valores existentes en su cuenta de ahorro individual, y a Colpensiones a recibir dichos valores, así como a aceptar su traslado.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que en diciembre de 1998, se trasladó del extinto I.S.S., a la A.F.P Horizonte S.A., hoy Porvenir S.A.; que tomó su decisión con base en la información falsa que le brindó dicho fondo, por cuanto los asesores encargados de su afiliación le ofrecieron una mesada pensional mucho más atractiva que la que recibiría en el R.P.M.; que el 24 de julio de 2020, estando próxima a cumplir los 57 años de edad, se acercó a las oficinas de Porvenir S.A., para solicitar información respecto del significativo monto pensional que le habían ofrecido cuando se trasladó de régimen, pero que en su lugar, le informaron que su pensión vitalicia sería tan solo de un salario mínimo legal vigente, debido a que su capital, junto con el respectivo bono pensional, solo ascendía a la suma de $215.087.112., y que en dicha ocasión, el fondo privado también le indicó que su mesada pensional sería mucho más alta en Colpensiones, así como que a ella no le convenía un fondo privado.

Agregó, que si Porvenir S.A., le hubiese brindado una información clara, objetiva, comparada y trasparente, sobre los regímenes pensionales existentes, habría decidido permanecer en el extinto I.S.S., hoy Colpensiones, y que tiene derecho a pensionarse en dicha entidad, pese a que Porvenir S.A. le haya indicado que ya no tiene derecho a trasladarse (pág. 1 - 5 archivo n.° 3).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Previa subsanación, la demanda se admitió el 19 de octubre de 2020, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (archivo n.° 4).

Porvenir S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra. Alegó en su favor, 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 (archivo n.° 7).

Mediante auto de 16 de diciembre de 2020, el juzgado tuvo por no contestada la demanda por parte de **La Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones**, por cuanto no realizó pronunciamiento alguno en el término de traslado concedido (Archivo n.° 8). Por este motivo la demandada interpuso recurso de apelación y en subsidio de apelación, dentro del término legal, contra la decisión del *a quo*.

Así, en proveído de 5 de marzo de 2021, el *a quo* señaló que al revisar el trámite procesal, advirtió que hubo una irregularidad en el proceso de notificación a dicha entidad, debido a que la parte actora, para surtir la notificación de las demandadas, efectuó el procedimiento establecido en el artículo 41 del Código Procesal del

Trabajo y de la Seguridad Social, y en el artículo 8.° del Decreto 806 de 2020, sin percatarse de que por ser Colpensiones una entidad pública, su notificación debía hacerse por la Secretaría del Despacho, con la remisión del aviso correspondiente, y contabilizando los términos en concordancia con lo dispuesto en el parágrafo del artículo 41 del Estatuto Procesal Laboral. No obstante, aclaró que como Colpensiones le otorgó poder a su apoderada principal en la debida oportuni8dad, se entendía subsanada la irregularidad procesal descrita (Archivo n.° 15)

En este orden, dejó sin efectos el proveído de 16 de diciembre de 2020, y tuvo por contestada la demanda por parte de **La Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones**, quien se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, y en su defensa alegó las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, e imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas (Archivo n.° 10).

La **Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado**, guardó silencio (Archivo n.° 8).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia de 14 de mayo de 2021, absolvió a Colpensiones y a Porvenir S.A., de todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda, y condenó en costas a la parte actora (Archivo n.° 20).

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

LA PARTE DEMANDANTE, interpuso recurso de apelación para

que fuera revocada la sentencia en su totalidad.

Manifestó, que no podía invertirse la carga de la prueba en la actora como quiera que ella no era un experta en el tema pensional, ni tampoco tenía la obligación de serlo, pese a ser economista, y que el hecho de que haya efectuado los aportes en el R.A.I.S. durante tantos años, obedecía a la confianza que ella tuvo en la asesoría brindada por el funcionario de Horizonte S.A., hoy Porvenir S.A., en el momento en que efectuó el traslado.

Dijo, que los fondos privados de pensiones tenían la obligación de brindar una información clara, transparente, imparcial y completa sobre la situación pensional de los afiliados, lo que no sucedió en este caso ni el 30 de noviembre de 1998, cuando se dio el traslado, ni el 30 de diciembre de 1999, cuando la demandante se acercó a las oficinas de Porvenir S.A.

Agregó, que Porvenir S.A. le prometió una mesada pensional mucho más alta que la que tendría en Colpensiones, pero que en el año 2019, dicha A.F.P., le indicó que su pensión tendría el valor de un salario mínimo legal vigente, y solo hasta el último momento le aclaró que le convenía más estar afiliada en Colpensiones, información esta que le debió ser suministrada 20 años atrás, si la demandada Porvenir S.A., hubiese cumplido con el deber de información que le correspondía.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, atendiendo la nueva conformación de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, procedió a apartarse del criterio que

venía exponiendo en precedencia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

Lo anterior, atendiendo lo expuesto en las sentencias de tutela n.° CSJ STL, 13 de may. 2020 rad. 59412, y CSJ STL3716-2020, así como también, a la postura del Honorable Magistrado, Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia CSJ STL8125-2020, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, en virtud de los cuales he venido acatando la orden allí impartida, y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar la procedencia de declarar o no, la ineficacia del traslado de régimen pensional de la aquí demandante, por falta de información suficiente por parte de las administradoras demandadas.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: ***i)*** la demandante nació el 24 de julio de 1963 (pág. 5 archivo n° 1); ***ii)*** que se afilió al extinto Instituto de Seguros Sociales, el 14 de junio de 1996 (pág. 35, archivo n.° 7), en donde cotizó un total de 180 semanas (pág. 68, archivo n.° 7), ***iii)*** y que el 30 de noviembre de 1998, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. HORIZONTE S.A., hoy PORVENIR S.A., con fecha de efectividad desde 1.° de enero de 1999 (pág. 35, 36 archivo n.° 7), donde actualmente se encuentra vinculada con un total de 1297 semanas cotizadas, según lo informado por dicha A.F.P.

en la historia laboral, actualizada a 4 de noviembre de 2020, que reposa en las páginas 68 a 78 del archivo n.° 7 del expediente digital.

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

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

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

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

Así las cosas, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Al respecto, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989; reiterada en la CSJ SL, 6 dic. 2011, rad. 31314, dijo:

"Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En esta providencia, también se dijo:

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

De hecho, la regla jurisprudencial (...) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y,

además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

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

Estos criterios, fueron expuestos en la mentada sentencia de tutela CSJ STL8125-2020, M.P. Doctor Omar Ángel Mejía Amador, la cual, como en precedencia se dijo, llevó a cambiar el criterio que venía sosteniendo el suscrito frente al tema de las nulidades e ineficacias de traslado de régimen pensional.

En dicha acción constitucional, se adujo:

"En este fallo (CSJ SL4426-2019), la Sala precisó que, tratándose de procesos de ineficacia de traslado de régimen pensional, es a la administradora de fondos a la que incumbe demostrar que ha cumplido con sus afiliados el deber de información antes aludido, el cual comprende una descripción de las características de cada uno de los regímenes pensionales en un lenguaje comprensible y de fácil acceso para el afiliado."

Así las cosas, conforme la jurisprudencia en cita, al alegarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al fondo de pensiones, sin que haga alguna diferencia si la afiliada era o no beneficiaria del régimen de transición, o tenía una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se tiene que la demandante, el 30 de noviembre de 1998, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por HORIZONTE S.A., hoy PORVENIR S.A., donde se encuentra actualmente afiliada, conforme el formulario de afiliación y traslado allegados al proceso, visible en la página 38 del archivo n.° 7 del expediente digital, el cual,

si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

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

Y en la acción de tutela, arriba citada, la cual llevó a cambiar el criterio de este Magistrado Sustanciador, se dijo:

> *"La Sala de Casación Laboral de esta Corte ha establecido que de la simple suscripción del formulario de afiliación no puede deducirse el cumplimiento del deber de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, de conformidad con lo previsto en el artículo 97 del Decreto 633 de 1993, contentivo del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Precisamente, en la sentencia CSJ SL4426-2019, expresó:*
>
> *De otra, porque la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)"*[1]

Ahora bien, en lo que respecta a la falta de vicios en el consentimiento en el negocio celebrado entre la actora y el fondo de pensiones, es menester precisar que:

> *"la reacción el ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/ 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*

[1] CSJ STL 8125-2020.

abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

Por lo expuesto, 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.

(...) Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos."[2]

Posición esta, que fue replicada en la pluricitada sentencia de tutela CSJ STL 8125-2020, con lo que no es posible aplicar dicho argumento, así como tampoco aquel referente a la ratificación del acto por traslado entre administradoras de fondos de pensiones.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la A.F.P. accionada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Ahora bien, debe anotarse, frente a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual del actor, entre ellos, cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración,

[2] CSJ SL 1688-2019, 8 may. 2019, rad. 68838

debe decirse, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL1421-2019, 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."*

Así mismo, en sentencia CSJ SL638-2020, indicó:

> *"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 ello, al tenerse como nunca realizado el traslado, debe la demandada PORVENIR S.A. devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, entre ellos, cotizaciones, rendimientos y gastos de administración, pues dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social.

Finalmente, respecto de la excepción de prescripción, la mentada Colegiatura ha dicho que la acción de ineficacia de traslado pensión 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"[3], por lo que resulta acertada la decisión del juzgador de primera instancia.

Por todo lo anteriormente expuesto, las anteriores consideraciones a juicio de la Sala resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la demandante el 30 de noviembre de 1998, con fecha de efectividad del 1.° de enero de 1999, cuando se trasladó del régimen de prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso obrante en la página 38 del archivo n.° 7 del expediente digital), por lo que, PORVENIR S.A., administradora a la cual se encuentra actualmente afiliada, deberá trasladar a COLPENSIONES, todos los aportes, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración que posea la demandante en su cuenta. En consecuencia, se **REVOCARÁ** la sentencia de primera instancia.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 14 de mayo de 2021, por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., para en su lugar **DECLARAR** la ineficacia del traslado efectuado por la demandante de COLPENSIONES, a la A.F.P. HORZIONTE S.A., hoy

[3] CSJ SL1688-2019.

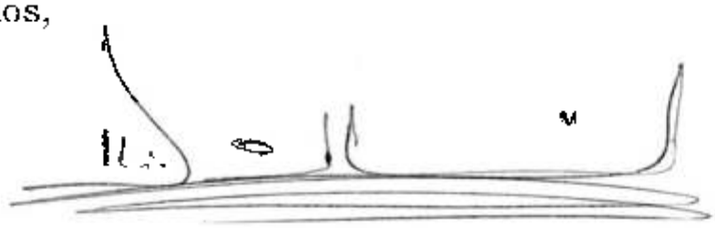
PORVENIR S.A., el 30 de noviembre de 1998, por que PORVENIR S.A., deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los aportes, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración que posea la demandante en su cuenta, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:

https://ethosj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/dca15a1rsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EIDbmRCr5aFLI47rj7dia1QB5R6eD-MXf66Kx1Bhc-y9OnQ?e=wSnlza.

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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **VIVIANA LIZETH SÁNCHEZ VARGAS** contra **GRUPO DISARQ SOLUCIONES COMPROBADAS**

EXP. 11001 31 05 **039 2017 00463 01**

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.° 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia proferida el 30 de noviembre de 2020, por el Juzgado Treinta y nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declarare la existencia de un contrato de trabajo el cual fue culminado por el incumplimiento de las obligaciones del empleador. Consecuencialmente, que se condenara a pagarle los siguientes conceptos: indemnización por despido injusto, auxilio de cesantías e intereses desde el 15 de febrero de 2016 hasta el 30 de noviembre de 2016, prima de servicios, vacaciones desde el 15 de febrero de 2016 hasta el 30 de noviembre de 2016, aportes a la seguridad social desde el 15 de febrero de 2016 hasta el 30 de noviembre de 2016, salarios dejados de cancelar, así como una indemnización por el no pago de las prestaciones sociales; que se condene a las costas y lo que resulte probado Ultra y Extra Petita (expediente digital).

Como sustento de sus pretensiones, declaró que prestó sus servicios a la empresa GRUPO DISARQ S.A.S., desde el 15 de febrero de 2016 hasta el 30 de noviembre de 2016, por medio de un contrato de prestación de servicios con el cargo de arquitecta residente, en el cual desempeñaba labores haciendo entrega de reportes y esquemas solicitados por la demandada, que su horario era de 7:00 am a 4:00 pm de lunes a viernes y sábados de 7:00 Am a 12:00 Pm devengando un salario de $2.000.000 mensual.

Adujo, que el día 30 de noviembre de 2016, presentó su renuncia motivada debido a las injusticias derivadas de su contrato de prestación de servicios, el cual pasó a ser un contrato a término indefinido y firmado por las partes, que la empresa incumplió con afiliar a la demandante al sistema de seguridad social integral, y que a la fecha no le ha reconocido dichos aportes.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Previa subsanación, se admitió la demanda el 27 de febrero de 2018, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (expediente digital).

La demandada, **GRUPO DISARQ SOLUCIONES COMPROBADAS S.A.S.,** contestó a través de curadora *ad litem*, mediante el cual se opuso a las pretensiones de esta; además, manifestó que no le constan los hechos de la demanda debido a no existir documental donde se pruebe lo contrario. Propuso las excepciones de falta de causalidad entre lo pretendido y la situación fáctica, temeridad y mala fe, excepción de pago, prescripción, y buena fe (expediente digital).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia de 30 de noviembre de 2020, declaró la existencia del contrato a término indefinido entre las partes, en la cual condenó a la demandada al pago de los siguientes conceptos: salario de junio a noviembre de 2016, $4.257.000; Cesantías, la suma de $1.588.888 intereses a la cesantías, $151.474; prima de servicios, $794.444; y al pago de la sanción moratoria de $66.666, por cada día de retardo a partir del 1.° de diciembre de 2016 hasta el 30 de noviembre de 2018, lo cual corresponde a la suma de $48.000.000 por 720 días de retardo. De igual modo, condenó al pago de los intereses moratorios desde el 1.° de diciembre de 2018, y hasta que se verifique el pago total de la obligación, así como al pago de los aportes al sistema de seguridad social integral en pensiones desde el 15 de febrero y 1.° de diciembre de 2016, con un ingreso de base de cotización de $2.000.000, se declararon no probadas las excepciones propuestas

por la demandada, condenó en costas a GRUPO DISARQ S.A.S., y se absolvió de las demás pretensiones incoadas en su contra.

Consideró, que el problema jurídico a resolver consistía si entre las partes existió un contrato a término indefinido, señaló que se suscribió un contrato de prestación de servicios pero el contenido del mismo no hacía referencia a este; arguyó, que la demandada no logró demostrar la carga probatoria como lo hizo la demandante al demostrar que cumplía un horario de trabajo; así mismo, se negó la pretensión de despido indirecto a la actora por no acreditar los supuestos facticos que la incurrieron a presentar un renuncia.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la parte **DEMANDADA,** interpuso recurso de apelación donde argumentó que no se probó que la demandante cumpliera con los horarios de trabajo relacionados; así mismo, manifestó que lo que se pudo comprobar es que la actora no recibía ordenes, debido a que su función era coordinar; agregó, que no se demostró subordinación, por tal motivo, no se constituyó un contrato de trabajo.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, esta Sala de decisión entrará a verificar como problema jurídico, si hay lugar o no, a declarar la existencia de la relación laboral entre la demandante VIVIAN LIZETH SÁNCHEZ VARGAS con la demandada GRUPO DISARQ SOLUCIONES COMPROBADAS S.A.S., y si tiene derecho o no, a las condenas impuestas por el juez de primera instancia.

Sea lo primero precisar, que el artículo 22 del Código Sustantivo del Trabajo define el contrato de trabajo como aquél 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 una remuneración.

Igualmente el artículo 23 consagra como elementos esenciales de un contrato de trabajo: **a)** La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo; **b)** La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato; y **c)** Un salario como retribución del servicio.

Además, teniendo en cuenta la presunción legal prevista en el artículo 24 ibídem, modificado por el artículo 2.° de la Ley 50 de 1990, respecto a que toda relación de trabajo personal se encuentra regida por un contrato de trabajo, correspondiéndole simplemente a quien alega su existencia, acreditar la prestación del servicio personal y, quien resiste la pretensión, debe derruir la presunción, desvirtuando la existencia de los demás elementos esenciales del contrato de trabajo, y acreditando los elementos de una relación de naturaleza jurídica distinta (CSJ SL10546-2014, SL10118-2015, y SL1420-2018).

En el presente caso, sobre la prueba aportada por la demandante, queda demostrado que el contrato de prestación de servicios hace referencia a otra naturaleza de contrato, como lo señala la cláusula primera: *"EL CONTRATISTA de manera deberá cumplir con un horario de trabajo de lunes a viernes de 7:00 am a 4:00 pm y los sábados de 7 am a 12 pm"*. De igual forma, se hace referencia

el interrogatorio de parte absuelto por ella, donde manifestó que solicitaba permisos para retirarse del área donde se encontraba la obra, así como lo afirmó el testigo Señor ALAIN YAMID GUTIÉRREZ, que dijo que la actora cumplía con un horario de trabajo, además de que recibia ordenes por su jefe directo quien era el Señor LUIS ROBERTO LAVERDE.

Ahora bien, del interrogatorio de parte del representante legal en mención, quien adujo que la señora VIVIAN LIZETH SÁNCHEZ VARGAS no tenía un horario de trabajo; la cual se tiene como una afirmación que se contradice con el contrato firmado entre las partes, donde se pactó como cláusula, realizar esas labores dentro de un horario laboral.

Por lo tanto, para esta Sala de decisión, los testimonios y los interrogatorios de partes recepcionados gozan de plena credibilidad, ya que no fueron objeto de tacha de falsedad por las partes en conflicto, y al tenerse el pleno convencimiento y libre apreciación de los mismos (articulo 61 del Código Sustantivo del Trabajo); por lo que, conforme a lo dicho, resulta valido dejar sentado que sí se cumplieron los elementos esenciales del contrato de trabajo.

Por lo anterior, se confirmará la decisión, sin costas en esta instancia, ante su no causación.

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

RESUELVE:

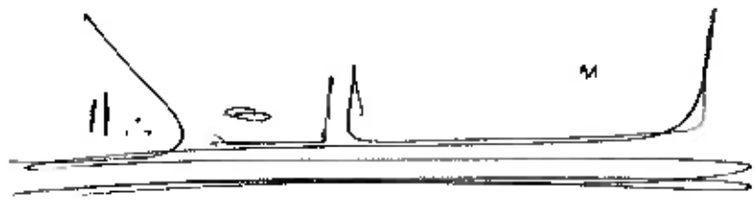
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia, proferida por el Juzgado 039 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 30 de noviembre de 2020, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **MARCOS EDILSON FORERO CASTRO** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, PORVENIR S.A., SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.**

EXP. 11001 31 05 **040 (011 2019 00256)** 01.

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.° 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, respecto de la sentencia proferida el 29 de abril de 2021, por el Juzgado 40 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, que se declare de manera principal la configuración de un vicio en su consentimiento, por no haber sido asesorado en forma clara, completa, comprensible y suficiente acerca de las ventajas y desventajas del cambio de régimen, por ende es nula su afiliación efectuada al R.A.I.S., y las afiliaciones posteriores carecen de validez jurídica, encontrándose válidamente afiliado al R.P.M.P.D.; en consecuencia, se ordene a PORVENIR S.A., registrar la nulidad mencionada y trasladar a COLPENSIONES, la totalidad del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos e intereses a que hubiere lugar.

Así mismo, solicitó que se condene a COLPENSIONES a activar su afiliación, actualizar en su historia laboral las cotizaciones efectuadas en el R.A.I.S. En forma subsidiaria, pretendió se declare la ineficacia de la afiliación realizada al R.A.I.S., y por ende, todas las afiliaciones posteriores que hubiere efectuado en dicho régimen carecen de validez jurídica (pág. 5-7 archivo n.° 001).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 28 de septiembre de 1963; realizó aportes en el extinto I.S.S., durante 474 semanas entre el 19 de junio de 1984 y el 30 de abril de 1997, momento en el que fue visitado por los asesores de PORVENIR S.A.; para afiliarse al R.A.I.S.; en mayo de 2005, se afilió a ING hoy PROTECCIÓN S.A.; en octubre de 2005, a PORVENIR S.A.; en noviembre de 2005 a PROTECCIÓN S.A.; en diciembre de 2005, a PORVENIR S.A.; en marzo de 2006, a PROTECCIÓN S.A.; en julio de 2006, en PORVENIR S.A.; en agosto de 2010, a OLD MUTUAL; en julio de 2013, a PORVENIR S.A.

Sin embargo, manifestó que dichas afiliaciones no fueron libres, ni voluntarias, pues en esas épocas ninguna de las mencionadas A.F.P., le informaron las implicaciones de trasladarse de régimen pensional, ni la posibilidad de devolverse al R.P.M.P.D., o sobre los riesgos a los cuales se sometería en el R.A.I.S., las ventajas de permanecer en el R.P.M.P.D., los requisitos para obtener la pensión de vejez en dicho régimen, tampoco le efectuaron comparativos en distintos escenarios pensionales, ni proyecciones para establecer el monto de su mesada pensional, pese a haber conocido el número de semanas cotizadas en el R.P.M.P.D., y su promedio salarial.

Sostuvo, que al momento de la presentación de la demanda contaba con 62 años de edad y más de 1536 semanas válidamente cotizadas; sin embargo, en el R.A.I.S. nunca le asesoraron acerca de las distintas alternativas para la elección de su régimen pensional; el 12 de febrero de 2019, solicitó a COLPENSIONES la activación de su afiliación, y se elevó reclamaciones el 14 y 15 de febrero de 2019, a OLD MUTUAL y a PROTECCIÓN S.A., sin obtener respuesta alguna (pág. 7-10 archivo *ídem*).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Inicialmente la demanda se admitió por parte del Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá DC, el 21 de agosto de 2019, quien ordenó su notificación y traslado a las demandadas (pág. 171, 172 archivo n.° 001).

COLPENSIONES, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones, y en su defensa, propuso como excepciones las de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al R.P.M.P.D., prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, y no

procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público (pág. 195-233 archivo *ídem*).

SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., contestó con oposición a lo pretendido, y para tal efecto, propuso las excepciones denominadas buena fe, prescripción, cobro de lo no debido, ausencia de causa, inexistencia de la obligación y pago (pág. 246-262 archivo *ídem).*

PROTECCIÓN S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones, y en su defensa, propuso como excepciones de mérito las de prescripción, falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la A.F.P., e inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración y el seguro provisional cuando se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación porque afecta terceros de buena fe (pág. 335-359).

PORVENIR S.A., para oponerse a la totalidad de las pretensiones excepcionó prescripción, buena fe, e inexistencia de la obligación (pág. 421-450 archivo *ídem).*

En cumplimiento de lo dispuesto en el Acuerdo PCSJA20-11686 de 2020, y el oficio CSJBTA20-109 de los Consejos Superior y Seccional de la Judicatura, el proceso se remitió al Juzgado 40 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., quien avocó conocimiento del mismo, el 23 de marzo de 2021 (archivos n.° 003, 004).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 40 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 29 de abril de 2021, declaró ineficaz el traslado del demandante del R.P.M.P.D. al RA.I.S.; en consecuencia ordenó a PORVENIR S.A., trasladar a COLPENSIONES, todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación del actor, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, frutos, intereses y rendimientos; condenó tanto a PORVENIR S.A., como a PROTECCIÓN S.A., y OLD MUTUAL S.A., a reintegrar a COLPENSIONES, debidamente indexados, de su propio patrimonio, los deterioros sufridos por los recursos administrados al actor, incluidos los gastos de administración a prorrata del tiempo que él permaneció afiliado a cada una de ellas.

A su vez, ordenó a COLPENSIONES, aceptar al actor en el R.P.M.P.D., reactive su afiliación sin solución de continuidad y corrija su historia laboral conforme los dineros trasladados; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas e impuso costas a cargo de Porvenir SA (archivos n.° 15, 16).

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

PORVENIR S.A., manifestó que se acreditó que dicha entidad le brindó una información totalmente completa de conformidad con la Ley 100 de 1993, y sus decretos reglamentarios, en forma verbal y con base en el formulario diligenciado al tenor de lo dispuesto en la normativa vigente para la época, de manera que no se le puede exigir una carga imposible de probar, con base en el artículo 271 de la citada Ley 100, aunado a que el formulario no fue tachado de falso y su deseo siempre fue permanecer en el R.A.I.S., durante más de 20 años, cambiando de administradora en el mismo régimen, quienes

también le asesoraron.

Continuó, con el argumento de que de conformidad con el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, los gastos de administración y la prima previsional de seguros no forman parte integral de la pensión de vejez, ni financia dicha prestación; de ahí que, deba aplicarse la prescripción sobre estos rubros, aunado a que el hecho de efectuar esa devolución, genera un enriquecimiento sin causa en favor de COLPENSIONES, quien no ha tenido injerencia en la buena administración que ha efectuado la entidad en relación con los recursos del demandante, a los que si se le generaron los rendimientos debido a la buena administración por parte de PORVENIR S.A., tanto es así, que el demandante optó por devolverse en varias oportunidades a dicha A.F.P., siempre estando cubierto por la respectiva póliza para los riesgos de invalidez, vejez y muerte.

Frente a este último aspecto, y bajo similares argumentos presentaron su apelación PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA S.A., con el fin de ser exoneradas del pago de gastos de administración, seguros previsionales, y comisiones, aunado a que dichos gastos de administración se causaron con buena fe y bajo el imperio de la ley; en todo caso, tales dineros no se encuentran en las arcas de las administradoras y ello no genera ningún detrimento a Colpensiones, dado los altos rendimientos que tuvieron los aportes del demandante, suficientes para cubrir la mesada pensiona eventual del mismo.

COLPENSIONES, apeló con el argumento de que el demandante se vinculó de manera voluntaria al R.A.I.S. por lo que la afiliación tiene plena validez conforme el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, y por lo mismo, se debe tener en cuenta la prohibición que allí se establece en relación con el traslado entre regímenes para personas que se encuentren a 10 año o menos de cumplir los requisitos para

pensionarse, para cuando presentó su solicitud de retorno al R.P.M.P.D., sin que en el expediente se hubiera acreditado vicio alguno en su consentimiento.

Agregó, que tampoco resulta viable el traslado del demandante, porque no se puede beneficiar de los recursos ahorrados de manera obligatoria por otros afiliados al R.P.M.P.D., pues de ser así se descapitalizaría el sistema, por ende, se deben atender unos criterios de sostenibilidad financiera y expectativas pensionales en desarrollo de las normas esenciales del estado. Sin embargo, en caso de ser confirmada la providencia, no sería posible dar cumplimiento a la misma, hasta tanto no sean devueltos todos los dineros que integran la cuenta de ahorro individual del demandante. Finalmente, pidió ser exonerada de las costas, pues no participó en el acto que se presume ineficaz o nulo, y por el contrario, resultó ser un tercero ajeno al contrato suscrito entre el demandante y las administradoras del R.A.I.S., que le causaron un daño a COLPENSIONES.

V.ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, atendiendo la nueva conformación de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, procedió a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

Lo anterior, atendiendo lo expuesto en las sentencias de tutela n.° CSJ STL, 13 de may. 2020 rad. 59412 y CSJ STL3716-2020, así como también, a la postura del Honorable Magistrado, Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia CSJ STL8125-2020, y a los

trámites incidentales promovidos dentro dellas, en virtud de los cuales he venido acatando la orden allí impartida, y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional dc los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar la procedencia de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional del aquí demandante, por falta de información suficiente por parte de las administradoras demandadas. Así como también, si hay lugar o no, a la devolución de los rendimientos, gastos de administración y demás sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual a COLPENSIONES, y si es viable exonerar a esta última de las costas impuestas.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: ***i)*** el demandante nació el 28 de septiembre de 1963 (pág. 92, 93, 319 archivo n.°001); ***ii)*** cotizó al extinto I.S.S. entre el 19 de junio de 1984 y el 31 de mayo de 1997, 50 semanas (pág. 114, 115 archivo n.° 001 y archivo n.° 002); ***iii)*** que el 30 de mayo de 1997, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. PORVENIR S.A. (pág. 167, 454 archivo n.° 001), y que luego de varias transferencias entre administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad (pág. 168, 308, 313, 325, 364, 368, 453, 455, 456 archivo *ídem*), actualmente se encuentra vinculada a PORVENIR S.A., con un total de 1599 semanas cotizadas, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa en las páginas 94 a 113, 118 a 124 del archivo *ídem*.

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

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

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

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

Así las cosas, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema

de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Al respecto, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008 rad. 31989 reiterada en la CSJ SL, 6 dic. 2011 rad. 31314, dijo:

> *"Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.*
>
> *Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.*
>
> *La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.*
>
> *La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
>
> *Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.*
>
> *Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciendel simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.*
>
> *Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de*

pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

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

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

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

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

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

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

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

En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal

afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

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

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

Estos criterios, fueron expuestos en la mentada sentencia de tutela CSJ STL8125-2020, M.P. Doctor Omar Ángel Mejía Amador, la cual, como en precedencia se dijo, llevó a cambiar el criterio que venía sosteniendo el suscrito frente al tema de las nulidades e ineficacias de traslado de régimen pensional.

En dicha acción constitucional, se adujo:

"En este fallo (CSJ SL4426-2019), la Sala precisó que, tratándose de procesos de ineficacia de traslado de régimen pensional, es a la administradora de fondos a la que incumbe demostrar que ha cumplido con sus afiliados el deber de información antes aludido, el cual comprende una descripción de las características de cada uno de los regímenes pensionales en un lenguaje comprensible y de fácil acceso para el afiliado."

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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, el demandante, el 30 de mayo de 1997, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A. (pág. 167, 454 archivo n.° 001), y, después de varios traslados entre administradoras del R.A.I.S., regresó a dicha A.F.P. conforme los formularios de afiliación y traslado allegados al proceso, visibles en las pág. 168, 308, 313, 325, 364, 368, 453, 455, 456 del archivo *ídem*, los cuales, si bien refieren que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

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

Y en la acción de tutela, arriba citada, la cual llevó a cambiar el criterio de este Magistrado Sustanciador, se dijo:

"La Sala de Casación Laboral de esta Corte ha establecido que de la simple suscripción del formulario de afiliación no puede deducirse el cumplimiento del deber de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, de conformidad con lo previsto en el artículo 97 del Decreto 633 de 1993, contentivo del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Precisamente, en la sentencia CSJ SL4426-2019, expresó:

De otra, porque la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)"[1]

Ahora bien, en lo que respecta a la falta de vicios en el consentimiento en el negocio celebrado entre el actor y el fondo de pensiones, es menester precisar que:

"la reacción el ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/ 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 desdel régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

Por lo expuesto, 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.

(...) Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos."[2]

Posición esta, que fue replicada en la pluricitada sentencia de tutela CSJ STL8125-2020, con lo que no es posible aplicar dicho argumento, así como tampoco aquel referente a la ratificación del acto por traslado entre administradoras de fondos de pensiones.

---

[1] CSJ STL8125-2020.

[2] CSJ SL1688-2019, SL, 8 may. 2019 rad. 68838.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de las A.F.P. accionadas que hubiesen suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Ahora bien, debe anotarse, frente a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual del actor, entre ellos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, frutos, intereses, rendimientos financieros y gastos de administración, debe decirse, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL1421-2019, 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."*

Así mismo, en sentencia CSJ SL638-2020, indicó:

> *"Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado del 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 ello, al tenerse como nunca realizado el traslado, deben las demandadas PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A., y OLD MUTUAL S.A devolver todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación del demandante, entre ellos, cotizaciones, bonos

pensionales, sumas adicionales, frutos, intereses y rendimientos y gastos de administración a prorrata del tiempo que él permaneció afiliado a cada una de ellas, pues dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social.

Respecto de la excepción de prescripción, la mentada Colegiatura ha dicho que la acción de ineficacia de traslado pensión 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»*"[3], por lo que resulta acertada la decisión de la juzgadora de primera instancia.

Finalmente, sobre la inconformidad respecto de la condena en costas de las entidades demandadas, encuentra la Sala que, la imposición de ellas a una parte, es una consecuencia implícita al hecho de haber sido vencida en juicio, conforme se estatuye en el artículo 365 del Código General del Proceso, tal como sucedió con las A.F.P. demandadas en primera instancia, ya que la *a quo* accedió a las pretensiones de la demanda, de ahí que tal aspecto deba confirmarse la providencia apelada.

Por todo lo anteriormente expuesto, las anteriores consideraciones a juicio de la Sala resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el demandante el 30 de mayo de 1997, cuando se trasladó del régimen de prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (f pág. 167, 454 archivo n.° 001), así como las sucesivas afiliaciones a otras administradoras del R.A.I.S., por lo que, dicha administradora

[3] CSJ SL1688-2019.

que es a la cual se encuentra actualmente afiliado, deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los aportes, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, frutos, intereses, rendimientos financieros y gastos de administración que posea el demandante en su cuenta. En consecuencia, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 29 de abril de 2021, por el Juzgado 40 Laboral del Circuito de Bogotá DC, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,

DAVID A. J. CORREA STEER

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:
https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltalua_cendoj_ramajudicial_gov_co/BlUF5VamRQJNgbVcFfXnvJEAB2lQwMaZpMoJKhz1kg4U6Pw?e=HBaIig